UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

# DE L'EXÉCUTION EN BOURSE

DES

## ACTIONS OU OBLIGATIONS

non entièrement libérées

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

*Le Lundi 25 Mars 1907, à 1 heure 1/2 du soir*

PAR

ANDRÉ FONCIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON

LAURÉAT DES CONCOURS DE LICENCE ET DE DOCTORAT

LAURÉAT DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE

(1re MÉDAILLE D'OR, CONCOURS DE DOCTORAT ENTRE LES FACULTÉS DE FRANCE)

Sous la présidence de M. BAILLY, Doyen.

Suffragants : MM. PERCEROU, Professeur.
HÉMARD, Agrégé.

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1907

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542705_0041

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

# DE L'EXÉCUTION EN BOURSE

DES

## ACTIONS OU OBLIGATIONS

non entièrement libérées

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

*Le Lundi 25 Mars 1907, à 1 heure 1/2 du soir*

PAR

ANDRÉ FONCIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON

LAURÉAT DES CONCOURS DE LICENCE ET DE DOCTORAT

LAURÉAT DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE

(1re MÉDAILLE D'OR, CONCOURS DE DOCTORAT ENTRE LES FACULTÉS DE FRANCE)

Sous la présidence de M. BAILLY, Doyen.

Suffragants : MM. PERCEROU, Professeur.
HÉMARD, Agrégé.

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1907

# INTRODUCTION

Avec la courte étude que nous entreprenons de l'*Exécution en Bourse des Actions ou Obligations non libérées entièrement*, se pose, en même temps que l'un des problèmes juridiques les plus intéressants et les plus curieux, l'une de ces « questions inattendues », dont parlaient les rédacteurs du Code, Portalis et ses collègues. Questions alors inconnues, nées de l'activité incessante et toujours grandissante des hommes poussés par les circonstances, les besoins nouveaux et les progrès continuels. Combien elles sont nombreuses, aujourd'hui, ces institutions, en face desquelles se trouve le juge, qui n'ont pas été réglementées par le législateur, qui ne pouvaient pas l'être et qui cependant suscitent des difficultés pratiques, des procès nombreux, que nos magistrats ont le devoir de trancher, sous peine de tomber sous le coup de l'article 4 du Code civil, les déclarant coupables de déni de justice s'ils refusent de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuf-

fisance de la loi ! Ne citons pour mémoire, que les discussions soulevées par le contrat d'assurances, par l'interprétation de l'article 1382 du Code civil, par le contrat de travail, à peu près inconnu au moment de la confection du Code, en raison du peu d'importance de l'industrie à cette époque, celles qui se sont élevées à l'occasion de la saisie des salaires des ouvriers avant le vote de la loi du 12 janvier 1895 et des accidents du travail antérieurement à la législation de 1898, de l'inaliénabilité de la dot mobilière, etc..., etc..., et de bien d'autres questions encore, sorties principalement du développement énorme de l'industrie et du commerce, qu'il serait trop long d'énumérer ici, mais qui constituent tout un ensemble imposant de situations nouvelles, créées par des rapports juridiques nouveaux dus à l'action du temps et des mœurs et au cours des évènements, situations qu'il fallait régler de suite, sans attendre l'intervention par trop longue, par trop pénible, et souvent insuffisante du mécanisme législatif, si difficile à mettre en mouvement. Et voilà, que de ce fait, existe un grave problème, en raison même de l'article 5 du Code civil qui défend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Comment arriver alors à la solution nécessaire et rapide de tous ces nombreux litiges qui, s'ils devaient rester de longues années pendants, retarderaient la marche du progrès constant de la société ?

Ce point d'interrogation se pose, nous le verrons au cours de cette étude, lorsqu'il s'agit de l'Exécution en Bourse d'Actions ou d'Obligations non libérées entièrement, institution récente née du développement des sociétés, dont le législateur ne s'est pas préoccupé, et qui cependant est une institution curieuse au point de vue juridique, parce qu'elle est ou paraît être en opposition formelle avec des principes fondamentaux contenus dans la loi écrite.

Nous aurons donc d'abord, après avoir donné une notion exacte de l'Exécution en Bourse, à en présenter sa justification pratique, puis sa justification juridique, et, pour ce faire, nous serons forcément amenés à résoudre tout d'abord le grave problème que j'ai indiqué et qui n'est d'ailleurs qu'une question de méthode, sur laquelle il est indispensable d'être fixé. Comment procéder en présence du silence de la loi? Les nécessités pratiques suffisent-elles pour justifier l'institution nouvelle? Faut-il au contraire, chercher son rattachement plus ou moins direct et forcé à une loi déjà existante, ou faut-il donner à la jurisprudence un pouvoir législatif souverain?

# PLAN

Ce travail comprendra deux parties :

*1re Partie.* — Notion précise de l'Exécution en Bourse. — Sa justification pratique. — Son fonctionnement en France.

*2e Partie.* — Sa justification théorique et juridique. — Diverses méthodes à employer pour la solution de cette question. — Divers systèmes mis en avant.

# PREMIÈRE PARTIE

## Notions précises de l'Exécution en Bourse.— Sa justification pratique. — Son fonctionnement.

Nous diviserons cette première partie en deux chapitres. Tout d'abord, il conviendra de définir bien nettement l'Exécution en Bourse, d'en donner une notion précise et pour cela d'en montrer l'utilité, le rôle et la justification pratique (laquelle ne laisse pas que de paraître difficile au premier abord), puis de la rapprocher d'autres opérations juridiques auxquelles elle ressemble.

Dans un deuxième chapitre, et cela pour apercevoir l'institution sous son aspect le plus vivant, nous en montrerons le fonctionnement, le mécanisme pratique avec tous ses avantages et ses inconvénients, les difficultés et les obstacles qui l'entourent.

## CHAPITRE PREMIER

**Notion précise de l'Exécution en Bourse. — Sa justification pratique. — Opérations juridiques analogues.**

---

### SECTION I

### NOTION PRÉCISE — JUSTIFICATION PRATIQUE

---

§ I[er]. — *Définition et justification pratique.*

C'est une tendance très marquée de l'époque actuelle que l'union, l'association dans un but commun qu'on ne pourrait atteindre avec les seuls efforts individuels. Alors que, dans l'antiquité, on menait une vie à peu près exclusivement individualiste, n'éprouvant le besoin de sortir du cercle de la famille, cette petite patrie, où l'on avait une existence simple et rustique, que pour prendre une part

plus ou moins active aux affaires politiques de la cité (1), on est aujourd'hui sans cesse possédé du désir de se réunir pour défendre ses intérêts communs non seulement dans une même nation, mais même entre pays étrangers. Que sont-ce, sinon des manifestations de ce besoin d'union, que les réunions internationales, les congrès projetés en toute matière, financière, politique, administrative même (2), toutes ces corporations, ces associations privées, charitables ou autres, ces syndicats ouvriers, agricoles, ces tentatives émanant des professions libérales, des fonctionnaires les plus minimes, tels que les agents des postes et télégraphes. Mais c'est surtout en matière industrielle et commerciale que les associations se sont développées, elles sont nées avec le développement de l'activité humaine, dont le domaine devient de plus en plus étendu. Il est vrai qu'en ces matières, industrie et commerce, ce ne sont plus seulement des intelligences, des efforts, des intérêts moraux et humanitaires que l'on met en commun, ce sont surtout les capitaux nécessaires à

(1) Et précisément à cette époque on ne rencontrait guère la société que constituée dans un but, dans un intérêt politique : on formait par exemple des sociétés pour recouvrer les impôts « societates vectigales », pour la fabrication des monnaies « argentalæ », pour les fournitures de l'armée et de la flotte, etc.

(2) On sait, en effet, qu'à son récent voyage en France, le County Concil de Londres, sur l'avis émis par son président, proposa au Conseil municipal de Paris des congrès périodiques, dans lesquels on étudierait l'organisation des divers services municipaux dans le but d'arriver à une plus grande perfection.

l'aboutissement des travaux énormes que l'on entreprend de nos jours. Et ici, l'on est presque toujours en présence de ce que l'on appelle des « sociétés », les associés unissant leurs apports dans un but d'exploitation licite, avec intention de réaliser des bénéfices et de se les partager. C'est en effet dans cette intention que la loi a placé la caractéristique qui distingue la société de la simple association.

Mais on s'aperçoit déjà que tout groupement, qu'on le qualifie d'association ou de société, doit, pour atteindre le but cherché, se soumettre et soumettre chacun de ses membres à une discipline, à un ensemble de règles fondamentales exprimées explicitement ou implicitement dans ce code du groupe qu'on désigne sous le nom de « statuts », et qui, si elles étaient violées, pourraient entraîner la ruine pécuniaire ou morale du groupe. En d'autres termes, du fait seul de la formation d'une association, d'une société par le groupement de plusieurs personnes réunissant leurs efforts ou leur argent, il naît à la charge de chaque associé des obligations individuelles vis-à-vis de ce groupe. Tout membre violant ses obligations nuirait donc à ses co-associés d'abord, souvent même à la généralité de ses concitoyens ensuite, car les sociétés dont nous parlions plus haut, et ici je prends le mot dans son sens juridique spécial, ont la plupart du temps un but d'intérêt général, rendent service à toute une catégorie importante de personnes, sont une source de fortune pour une région ou une nation. Supposons par

exemple, une société constituée dans le but d'exploiter les mines de charbon d'une région déterminée. Cette société s'est constituée par actions, c'est une société de capitaux. Conformément à la loi, ses actions sont libérées du premier quart seulement. Un appel de fonds se produit pour le deuxième quart : Les actionnaires en grand nombre s'abstiennent de répondre à cet appel cependant nécessaire pour continuer dans de bonnes conditions l'exploitation de la mine. On voit de suite la gravité de la situation. Obligera-t-on la société à poursuivre chacun de ses membres récalcitrants par les voies ordinaires de la saisie, telles qu'elles sont déterminées par notre Code de procédure civile, à supporter toutes leurs incertitudes, leurs lenteurs et leurs frais considérables? Ce serait évidemment compromettre son but et son existence. Il fallait donc que la société trouvât un moyen rapide de remédier à la mauvaise volonté de ses membres, elle l'a trouvé dans la pratique de l'Exécution en Bourse.

C'est, dit M. Thaller (1), « une procédure consistant pour la société à déclarer déchu l'actionnaire qui n'a pas répondu à l'appel de fonds ou à la sommation intervenue — à annuler le certificat non représenté et à en créer un autre portant l'estampille du nouveau versement demandé — à faire vendre en Bourse le nouveau certificat par l'intermédiaire d'un agent de change ». L'opération s'explique

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit pratique*, 3e édit., page 337.

aisément. L'obligation pour les membres d'une société de capitaux de faire l'apport en argent qu'ils ont promis, est une de ces règles essentielles, qui, violées, doivent autoriser la société à déclarer son actionnaire infidèle déchu de ses droits, à lui retirer son action, et à recouvrer les fonds appelés de la façon la plus rapide possible, sans suivre les formalités ordinaires prescrites par le Code pour les saisies, et cela alors même que les statuts ne l'auraient pas nettement spécifié, pas plus que le titre remis à l'actionnaire. Voilà ce que semble indiquer la raison et ce qu'impose, nous allons le voir de plus près, le bon fonctionnement des sociétés par actions.

Les détails donnés plus haut sur le rôle important des associations et des sociétés à notre époque, ont indiqué d'un mot, c'était leur but, leur nécessité sociale et économique. Celle des sociétés par actions est plus considérable encore, parce qu'elles sont, comme le dit M. Thaller (1), « indispensables à la création des grandes exploitations, les seules qui mettent le commerce d'un Etat en mesure de soutenir la lutte sur le terrain international ». C'est donc une raison de favoriser leur fonctionnement, d'une façon prudente peut-être, parce qu'elles peuvent devenir pour l'épargne publique et pour les entreprises honnêtes un véritable danger, mais enfin,

(1) Thaller, *Traité élémentaire*, chapitre 3, Des Sociétés par actions, page 265.

d'une façon juste, à cause des services qu'elles sont à même de rendre.

Or, reprenons notre société de mines qui a fait un appel de fonds et voyons ce qui va se passer si l'Exécution en Bourse des titres des actionnaires récalcitrants lui est interdite. La société se verra obligée de suivre la procédure ordinaire de poursuite et d'exécution et le recouvrement des sommes dont elle a besoin va être d'une extrême lenteur. On sait, en effet, tous les délais et toutes les formalités organisées par la loi pour entourer le dépouillement d'un individu de toutes les garanties possibles (1). La situation est d'autant plus critique qu'une société à sa formation est presque toujours, économiquement parlant, obligée de ne pas réunir tous les capitaux dont elle aura besoin plus tard. Au moment de sa naissance, en effet, que ce soit une société poursuivant l'exploitation d'une mine, une compagnie de chemins de fer, une société de crédit ou une banque, son terrain d'action est limité, ses opérations sont restreintes. Il est même des sociétés, ainsi que le fait très justement remarquer M. Maurice Bernard dans son article des *Annales du Droit commercial* (2),

(1) Les formalités et les délais déjà nombreux pour la saisie-exécution (il faut au minimum 10 jours pour arriver au terme d'une saisie-exécution) le sont beaucoup plus encore pour la saisie immobilière.

(2) Maurice Bernard, Etude sur l'Exécution en Bourse d'actions ou obligations non libérées. (Extrait des *Annales de droit commercial français et étranger*, 1904, page 11).

qui, comme les sociétés d'assurances, n'ont pour ainsi dire pas besoin d'argent pour commencer leurs opérations. Puis, leur terrain d'action grandissant, quelquefois subitement, par une augmentation imprévue des transactions, elles réclament enfin ces capitaux qu'elles n'avaient pas exigé dès le début et qui lui sont maintenant très utiles, ou même absolument nécessaires, si des accidents surviennent dans l'outillage nécessitant d'importantes réparations ou si l'extension de l'exploitation s'impose pour l'avenir de la société. Cette réserve, comme dit Cosak, dans son *Lehrbüch des Handelsrechts*, « ce capital d'avenir », comme l'appelle M. Bernard, s'impose donc. Ce capital d'avenir, il est inutile que la société s'en institue le dépositaire, quitte à pouvoir en user quand le besoin s'en ferait sentir, car elle serait dans l'obligation de verser à ses sociétaires l'intérêt qu'elle-même retirerait des placements effectués, sans parler des risques que comporteraient nécessairement ces placements d'argent. Le législateur s'est d'ailleurs parfaitement rendu compte de cette nécessité économique : dans la loi du 24 juillet 1867, il a, en effet, donné la possibilité aux sociétés qui se fonderaient, de n'encaisser au début qu'un quart du capital social prévu dans les statuts au moyen du versement d'un quart par action, le surplus ne devant être recouvré que par la suite, et cette faculté n'est que confirmée par la loi du 1er août 1893, exception faite pour les sociétés dont le capital n'excède pas 200.000 francs, dont les actions sont de 100 francs ou moins, jusqu'à

25 francs, et pour lesquelles un versement de 25 francs est toujours exigé. Or, cette réserve qu'elle était forcée de constituer, notre société ne peut à un moment donné se la procurer rapidement, sur l'appel de fonds émis par elle, puisqu'elle doit entamer la longue procédure de saisie. Et ceci est un obstacle insurmontable, lorsque, le cas se présentera fréquemment, les actionnaires s'abstiendront en masse, soit parce qu'ils seront insolvables, soit parce que la société leur paraîtra en mauvaise voie ou dans un mauvais état financier, soit encore parce que plusieurs actions seront réunies dans la même main, banquier ou société de finances, qui, dans un but de spéculation, auraient fait l'acquisition de nombreux titres. L'on voit d'ici la multitude d'interminables procès fort coûteux qu'occasionnerait un semblable état de choses. C'est pour la société, la catastrophe, peut-être la faillite. C'est, en même temps, la ruine pour tous les actionnaires, ceux qui ont répondu à l'appel de fonds comme les autres.

Cette lenteur, dans l'encaissement des sommes appelées, n'est pas le seul inconvénient de la situation exposée plus haut. Il y en a encore quatre autres au moins :

1° Ce sont d'abord les frais énormes que la Société se verra obligée d'avancer pour permettre d'entamer les procédures coûteuses qui produiront ou non une rentrée d'argent. Et pour peu que son état pécuniaire soit médiocre, il suffira de cette nouvelle dépense pour l'acculer peut-être à la faillite.

2° Cette extrémité ne se produirait-elle pas, que la Société courrait encore un gros risque : celui d'avoir avancé en pure perte des sommes d'argent considérables. Très fréquemment, en effet, les poursuites vont se heurter contre des gens absolument insolvables, ce sera le cas lorsque le refus de répondre à l'appel de fonds proviendra de l'impossibilité matérielle de payer, dans laquelle se trouve l'actionnaire où la Société financière, banque ou autre, qui, dans un but de spéculation, aurait à elle seule absorbé une grande quantité de titres.

3° Mais ce n'est pas tout encore : on comprend très bien que des poursuites, surtout si elles sont réitérées maintes et maintes fois, du genre de celles dont nous parlons, ne vont pas passer inaperçues dans le monde capitaliste. Le bruit courra que la Société poursuivante se trouve en situation critique, on la laissera de côté, ses actions n'auront plus aucun crédit, ses opérations passeront pour compromises et son avenir sera désormais subordonné à une recrudescence évidente pour tous, souvent impossible dans ces conditions, de son activité économique. L'intérêt général public en souffrira : l'exploitation, par exemple, de ce qui était la richesse locale du pays cessera, la population ouvrière se verra privée de ses moyens d'existence. Les actionnaires, eux aussi, éprouveront des pertes matérielles.

Et tout ceci ne serait rien encore, si la plupart du temps, ceux des membres de la Société qui, jusque-

là, avaient pleine confiance dans l'entreprise, ne se sentaient pas, eux aussi, pris de doutes de plus en plus consistants et ne se décidaient pas à se débarrasser de titres qu'ils estiment ne devoir plus désormais, leur procurer aucun bénéfice. Qu'on ne fasse pas l'objection suivante : ceci ne pourra avoir lieu que pour les valeurs cotées officiellement, car quant aux autres non cotées officiellement, les capitalistes s'en souciant peu, n'auront pas lieu de s'alarmer et de jeter le désarroi parmi les détenteurs de titres. Or, le danger qui, pour les premières, serait grand, sera conjuré parce qu'il s'agit d'actions de grandes sociétés dont l'avenir est connu, et qui sont assez solides pour que des poursuites intentées contre quelques actionnaires récalcitrants ne viennent pas créer parmi les capitalistes un mouvement subit de déconsidération. Non, les Sociétés les plus solides elles-mêmes ont vu leur avenir compromis, leur ruine se produire à la suite de bien petits incidents isolés. Qu'on se rappelle par exemple les affaires de Panama, et celle toute récente des sucres ! (1).

(1) On sait que la ruine subite et inattendue de gros spéculateurs sur les sucres, tels que MM. Jaluzot et Cronier, amena les unes à l'effondrement, les autres bien près, plusieurs fabriques de sucre, plusieurs sociétés jusque-là très prospères. C'est, qu'en effet, au moment des contrats de culture, les cours du sucre étant très hauts, les fabricants avaient consenti à la culture des prix très élevés. Au moment des krachs retentissants que l'on connaît, ils se trouvèrent dans l'obligation de travailler à perte, vu les cours du jour, car ils ne pouvaient fermer leurs usines sans que les cultivateurs, producteurs de betteraves, exigent qu'ils tiennent les engagements pris

Quant aux petites Sociétés, il n'est pas besoin pour les ruiner de l'intervention des gros capitalistes parisiens, qui souvent en effet ignorent même leur existence, mais il suffit d'un alarmiste, d'un actionnaire récalcitrant pour entraîner tous les autres. Combien n'a-t-on pas vu de ces petites entreprises industrielles locales s'éteindre par suite du découragement prématuré de l'un ou de quelques-uns des actionnaires refusant de libérer leurs actions. On sait quelle est, dans toutes ces questions de finances, l'influence de l'exemple, des prospectus, des insertions dans les journaux, des fausses nouvelles, des manœuvres de Bourse, des lanceurs d'affaires, etc..... On l'a vu maintes fois et tout récemment encore dans l'affaire Jaluzot, le Rayon d'Épargne voyant affluer à ses guichets toute une foule anxieuse à la moindre alarme venue d'un premier réclamant.

4° Reste encore un dernier inconvénient appréciable également, qui résulterait du fait que l'on considérerait la Société comme un créancier ordinaire expropriant ses actionnaires de mauvaise volonté. C'est que, dans tous les cas, la Société devrait, étant dans la situation d'un créancier ordi-

dans les contrats. C'était la ruine ou à peu près. C'est ainsi que dès le lendemain du suicide de M. Cronier, ingénieur en chef des ponts et chaussées, directeur de la Raffinerie Say, on enregistrait une baisse de 370 francs sur la Raffinerie Say et une baisse de 47 francs sur les Raffineries d'Egypte. On voit combien le sort des sociétés est soumis au hasard, comment elles peuvent être acculées à la débâcle, simplement par suite de l'effondrement de gros spéculateurs.

naire, subir le concours des autres créanciers de l'actionnaire. Et ceci serait déjà grave, lorsque cet actionnaire se trouve, ce qui sera bien rare, avoir encore dans son patrimoine des biens, meubles ou immeubles, pouvant répondre de ses dettes. Ce le serait beaucoup plus s'il n'a plus que l'action qu'il a refusé de libérer : c'est qu'en effet la Société ne doit plus compter sur rien, la vente de l'action ne devant déjà produire que fort peu de chose, étant donnés la période critique que l'on traverse, les bruits alarmistes qui courent et la diminution de confiance qui règne au sujet de la vie de la Société.

On pourrait, il est vrai, soutenir que, dans ces poursuites ordinaires tout aussi bien que lorsqu'elle emploie l'Exécution en Bourse, la Société doit être payée avant ses co-créanciers, qu'elle ne doit, en d'autres termes, pas être considérée comme un créancier ordinaire. Cette solution trouverait sa justification pratique précisément dans les dangers que la première ferait courir à l'existence d'une Société, organisme fonctionnant la plupart du temps dans un intérêt général et digne de protection. Théoriquement, il ne serait pas impossible de la légitimer. Et l'on pourrait dans ce but faire deux raisonnements différents.

*Premier raisonnement.* — Pourquoi ne pas décider, en effet, qu'on est en présence d'une hypothèse de privilège mobilier spécial, d'un de ces privilèges fondés sur l'idée que le créancier a créé dans le patrimoine du débiteur la chose, objet du privilège.

Et ne rentrons-nous pas tout à fait dans les termes de l'article 2102-4°, donnant au vendeur d'effets mobiliers pour la garantie du paiement du prix, un privilège sur la chose, objet de la vente? La raison d'être de ce privilège, son fondement rationnel, nous les retrouvons dans l'hypothèse qui nous intéresse : le vendeur du titre a mis la chose dans le patrimoine de l'acheteur, de l'actionnaire récalcitrant. C'est à lui que les autres créanciers doivent l'accroissement de leur gage. Il est juste donc qu'on préfère le vendeur, la Société, pour sa créance du prix de vente, aux autres créanciers. Les conditions juridiques requises pour l'existence du privilège, on les rencontre également : il s'agit d'abord bien d'une vente d'effets mobiliers — la chose vendue est bien en la possession de l'acheteur. Ce second point est incontestable lorsque l'actionnaire n'a pas revendu son titre au moment de l'appel de fonds. L'a-t-il revendu, ce qu'il peut faire (art. 2 de la loi du 24 juillet 1867), dès que son action est libérée du quart, qu'on peut raisonner de même. De deux choses l'une, en effet : ou bien son titre était nominatif (1), ce qui sera toujours pour les Sociétés constituées depuis 1893, puisque d'après l'article 2 de la loi de

(1) Pour discuter l'existence de ce privilège, nous supposons toujours que la société s'attaque, comme cela se passe dans l'Exécution en Bourse, au détenteur actuel du titre. C'est cela qui est intéressant d'ailleurs, puisqu'on cherche à prouver que le dernier inconvénient généralement cité, de l'obligation pour la société, privée de l'Exécution en Bourse, d'intenter les poursuites ordi-

1893, les actions doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération, et alors un transfert sur les registres de la Société a été nécessaire, on peut par conséquent considérer qu'il y a eu pour ainsi dire une nouvelle vente, la Société étant redevenue propriétaire du titre et l'ayant aliéné au nouveau titulaire; ou bien son titre était au porteur, ce qui peut se présenter encore pour les Sociétés constituées antérieurement à l'année 1893, alors que la loi de 1867, dans son article 3, autorisait pour l'action la forme au porteur avant la libération complète du titre (1). Alors la personnalité de l'acheteur est pleinement indifférente, c'est le titre seul qui compte, non la personne et le dernier acheteur ou plutôt le dernier détenteur du titre est réputé être le premier acheteur, de sorte qu'il reste vrai de dire que la chose vendue est bien en possession de l'acheteur. — Enfin, la chose vendue et non payée a bien subsisté dans le patrimoine de l'acheteur avec son individualité.

naires, n'est pas réel. Dans certains cas, c'est évident, la société pourrait poursuivre d'autres personnes que le détenteur actuel, restées tenues, mais alors ce n'est plus notre question, l'Exécution en Bourse n'est plus en discussion, et nous supposons au contraire qu'elle ne le fait pas, parce que par exemple ces personnes sont insolvables, ou simplement parce qu'elle préfère agir ainsi.

(1) La loi de 1867, art. 3, prévoit en effet la possibilité d'une conversion si les conditions suivantes sont réunies : 1° Clause spéciale des statuts en prévoyant la possibilité; 2° Libération de moitié de toutes les actions; 3° Décision de l'assemblée générale des actionnaires.

Une seule objection semble pouvoir être soulevée à l'encontre de l'opinion qui vient d'être développée : on dit que la société est un vendeur, et que l'actionnaire est un acheteur. Est-ce exact, y a-t-il bien là, une vente au sens juridique du mot? Peut-on dire que la société qui remet à l'actionnaire pour un prix déterminé, un titre qu'on appelle action, conférant certaines prérogatives, certains bénéfices éventuels, soit un vendeur? Peut-on dire que cet actionnaire qui s'engage à verser un prix de... en échange du titre qu'il reçoit, soit un acheteur? Nous croyons que non, et c'est pour cela que nous repoussons le premier raisonnement invoqué pour conférer à la société un privilège. Nulle part, c'est vrai, le législateur n'a donné de réglementation du contrat de souscription, mais en somme la souscription n'est qu'un moyen de formation du contrat de société, c'est, comme le dit M. Thaller (1), « le fait par une personne de se constituer preneur d'une ou de plusieurs actions ». C'est « une réponse affirmative » faite à la demande des fondateurs, adressée au public de faire partie de la société, de se porter sur les actions et de les prendre. Et la société n'est point fondée dès lors que les fondateurs se sont livrés à leur première publicité, elle ne le sera que quand il se sera formé un noyau de souscripteurs couvrant le capital social et qu'aura été faite la

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1900, 3e édit., nº 511.

déclaration authentique des souscriptions et des versements, accompagnée de la rédaction ou du dépôt des statuts et par conséquent elle ne pourra pas avant ce moment passer un acte juridique, telle qu'une vente. Bref, la souscription n'est que le contrat de société lui-même en formation, or, le contrat de société n'est point le contrat de vente (1). Le contrat de vente est un contrat par lequel une personne, le vendeur, s'oblige à transférer la propriété d'une chose à une autre, l'acheteur, qui s'oblige à lui en payer la valeur en argent. Telle est la définition donnée par Planiol (2). Le contrat de société, au contraire, qui se forme à l'aide et par le moyen de la souscription, est celui par lequel plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des apports à fournir par chacune d'elles pour faire valoir dans un but licite le fonds ainsi formé et se partager les bénéfices que donnera son exploitation.

(1) Tout au plus pourrait-on soutenir le contraire avec le système adopté dans certains pays, en Angleterre par exemple, où la société, par suite d'une tolérance imprudente, existe toute prête à fonctionner aussitôt que les sept fondateurs ont déposé leur memorandum dans les mains de l'autorité compétente et ceci alors même qu'il n'y a pas eu encore d'actions souscrites. Je dis tout au plus, parce qu'alors même la souscription s'analyse difficilement comme une vente. Les actionnaires sont bien comme les fondateurs eux-mêmes, des associés, ayant avis aux assemblées, liés entre eux, actionnaires, vis-à-vis de la collectivité. Les développements du texte suffisent d'ailleurs à cet égard. Et puis le système n'a été admis en Angleterre que pour des raisons pratiques, pour permettre à une société de fonctionner le plus rapidement possible.

(2) Planiol, *Droit civil*, t. 2, p. 431, n° 1410.

Le premier est, si l'on peut s'exprimer ainsi, un contrat instantané, le second est au contraire permanent. Jusqu'à la fin de la société, des droits et des obligations subsistent sur la tête de chacun des contractants, qui se traduisent dans de fréquentes manifestations.

*Deuxième Raisonnement.* — Le premier raisonnement présenté pour démontrer que la société peut se faire payer par préférence lorsqu'elle intente les poursuites ordinaires comme lorsqu'elle emploie l'Exécution en Bourse n'est probant, on vient de s'en rendre compte, que si l'on assimile le contrat de souscription à une vente passée par la société, ce qui, semble-t-il, est inadmissible. On en a fait un autre : Certains auteurs, a-t-on dit, soutenant la légitimité de l'Exécution en Bourse et décidant que la société ne doit pas subir, tout au moins sur le produit de la vente du titre, le concours d'autres créanciers, ont parfois motivé ainsi leur avis : la société à l'égard de l'action est dans une situation particulière, c'est elle qui a créé dans le patrimoine du titulaire le bien sur lequel elle exerce ses poursuites. Or, qu'est-ce faire cela, sinon créer au profit de la société un privilège non existant à l'heure actuelle, non prévu par les lois. Et si l'on admet l'existence de ce privilège (qu'on le justifie de n'importe quelle façon, par l'usage par exemple), lorsque la société emploie l'Exécution en Bourse, pourquoi ne l'admettrait-on pas également lorsque la société

se servirait de la voie des poursuites ordinaires (1). Il est à remarquer d'ailleurs que pratiquement, dans un cas comme dans l'autre, ce privilège (mise à part la question de sa justification juridique) s'explique admirablement non seulement par sa base rationnelle, mais par la situation des autres créanciers de l'actionnaire récalcitrant qui n'a pas voulu répondre à l'appel de fonds. Ces créanciers, en effet, pouvaient bien compter sur l'actif de l'actionnaire, leur débiteur ; mais si dans cet actif se trouvent des droits non complètement liquidés, auxquelles sont afférentes certaines charges, telle précisément qu'une somme restant à payer sur une action non libérée entièrement se trouvant dans le patrimoine du débiteur, il est évident qu'ils ne peuvent prétendre s'approprier ce droit que déduction faite des charges qui le grèvent, bref ils ont des droits sur les biens du débiteur, une fois déduites les dettes dont étaient grevés ces biens, « *ære alieno deducto* », comme on disait à Rome. La plupart du temps, d'ailleurs, ces créanciers seront au courant, ils sauront que leur débiteur est titulaire de telles ou telles actions non libérées, et que par conséquent, ils n'ont de droits sur ces titres qu'une fois la société payée. On est là

(1) Ce raisonnement ne serait possible que si l'on justifiait dans l'Exécution en Bourse le non concours de la société et des autres créanciers, par l'existence d'un privilège au profit de celle-ci. Mais il n'en est pas ainsi généralement. On le verra dans les développements donnés à l'occasion de la justification juridique de l'Exécution en Bourse.

en présence d'un droit à deux faces, si l'on peut ainsi s'exprimer, ayant un côté actif et un côté passif; que les créanciers se chargent de payer la société, de libérer complètement l'action, ce qu'ils feront toujours lorsque la société se trouvant dans une situation prospère, ils jugeront pouvoir recueillir dans la suite des bénéfices certains, ceci est parfait, c'est leur droit. Mais qu'ils puissent s'emparer du titre, sans le libérer et sans payer auparavant la société, non, car ce serait alors leur permettre d'user du droit du côté actif, sans jamais se charger du côté passif.

Nous avons donné, pour indiquer le quatrième inconvénient qu'entraînerait l'absence de l'Exécution en Bourse, des développements assez longs. Ils ne seront cependant pas inutiles, on le verra, lorsque nous discuterons dans notre deuxième partie, la justification juridique de ce procédé, et aussi le non concours, généralement admis, des autres créanciers avec la société sur le produit de la vente du titre.

Il reste maintenant à signaler les différentes hypothèses pratiques les plus fréquentes, dans lesquelles la société se trouvera en concours avec d'autres créanciers. Nous ne citerons que les deux plus importantes.

1° Il arrive souvent que l'individu qui a des titres, les utilise, s'en serve, par exemple, pour gager un emprunt. On sait qu'aujourd'hui, la pratique des

avances sur titres (1) est très employée, non seulement par la plupart des Banques et des Sociétés de crédit, mais même par les simples particuliers. Il est vrai de dire qu'elles ne consentent à ces avances que lorsque les titres qu'on leur remet en garantie sont des titres au porteur et qu'aujourd'hui les titres au porteur sont entièrement libérés (mais nous avons déjà vu qu'il pouvait cependant à l'heure actuelle exister encore dans les sociétés fondées avant 1893, des actions au porteur non entièrement libérées). Les particuliers, eux, admettent parfaitement, la chose se produit souvent, qu'on leur donne en garantie des titres et ce peuvent être des actions non entièrement libérées. Il y a eu transfert à titre de garantie inscrit sur les registres de la société, conformément à l'article 91, alinéa 3 du Code de Commerce. Supposons que la société, après avoir fait un appel de fonds, sur le refus de l'actionnaire ou du créancier gagiste d'y répondre, exécute le titre. Le créancier gagiste (2) va se présenter pour concourir avec la société sur le prix de la vente du titre. Et il

(1) Dans la pratique, elles ne sont consenties que sur 60, 75 °/₀ de la valeur actuelle en Bourse des titres, et elles ont lieu pour un temps très court, de quatre-vingt-dix ou de cent vingt jours par exemple, sauf à être renouvelées à l'échéance (Banque de France, Crédit Lyonnais, Comptoir d'Escompte).

(2) Il est bien créancier gagiste, en effet, malgré les objections qu'on a pu soulever à l'encontre de cette opinion. Voyez Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3e édit., n° 1066, p. 533 et suiv.; puis Lyon-Caën, note sous Civ. Cass., 8 mars 1889; Sirey, 1890, 1, 257.

va même se poser ici une très curieuse question : le créancier gagiste a, en effet, un privilège spécial fondé sur le nantissement exprès consenti par le débiteur, puis la société elle aussi, d'après certains auteurs, on l'a vu, a un privilège fondé sur l'idée qu'elle a créée dans le patrimoine de l'actionnaire récalcitrant la chose sur laquelle elle exerce ses poursuites, privilège qui n'est pas celui du vendeur d'effets mobiliers, privilège non prévu par les lois existantes, mais reconnu pratiquement nécessaire. Dès lors, lequel de ces deux privilèges va l'emporter ? Tel est le point d'interrogation qui se pose. Si l'on suivait les règles ordinairement admises en droit civil, on déciderait que le créancier gagiste dans le conflit, sera préféré à la société. Entre privilèges, en effet, fondés d'une part sur l'idée de nantissement tacite et sur l'idée de création de valeur dans le patrimoine du débiteur, d'autre part, c'est le premier qui l'emporte. Et cependant, au point de vue purement pratique évidemment, c'est le contraire qu'il faudrait admettre : on sait, en effet, combien une société, organisme d'intérêt général souvent, a besoin pour fonctionner de rapidité et de certitude dans le recouvrement de ses fonds et combien on doit lui faciliter sa tâche, une fois prises les précautions nécessaires pour que les sociétés, à l'époque spécialement de leur constitution, n'abusent pas de la crédulité publique. 2° Une autre hypothèse, plus fréquente encore, de concours de la société avec d'autres créanciers, est la suivante : un actionnaire

tombe en faillite, c'est la preuve qu'il ne peut plus faire face à ses affaires, qu'il a cessé ses paiements. Ses biens vont être vendus, y compris les actions qui viennent d'être l'objet d'un appel de fonds, dont il est titulaire et qui ne sont pas encore entièrement libérées. La société va donc se présenter comme créancière. Mais va-t-elle justement subir la loi du dividende quant à la vente de l'action? Non, au point de vue purement pratique, elle devrait être soustraite au concours des autres créanciers, ce sont les raisons citées plus haut qui militent en faveur de cette solution. Autrement, qu'arriverait-il? La société concourant avec les autres créanciers, souvent de gros créanciers, soumise à la loi du dividende, se verrait réduite à une somme absolument dérisoire, son capital social serait en conséquence diminué et celà par la faute de quelques actionnaires récalcitrants. Remarquez d'ailleurs que cette solution serait d'autant plus défavorable à la société et par conséquent aux autres actionnaires, qu'on aurait accordé au failli, sur le vote de la majorité des créanciers, un concordat accompagné d'une remise de dettes, quelquefois assez importante; il faut donc faire à la société une situation spéciale.

La nécessité pratique de l'Exécution en Bourse, que nous venons de détailler quelque peu en faisant ressortir les inconvénients qui résulteraient de son rejet, est encore accrue du fait de l'absence complète, au profit des sociétés, dans les lois de 1867 et de

1893, de moyens d'action contre les actionnaires récalcitrants.

La loi aurait dû, puisque, se basant sur des raisons d'ordre pratique très sérieuses, elle admettait la possibilité pour une société qui se fonde de ne pas encaisser de suite la totalité de son capital social, assurer d'une façon efficace la rentrée rapide (le bon fonctionnement des sociétés exige cette rapidité) des versements complémentaires constituant le reste du capital social dû par les actionnaires. Elle ne l'a pas fait, nous allons le voir en étudiant la question de responsabilité des versements complémentaires, telle qu'elle est réglée par les lois du 24 juillet 1867 et du 1er août 1893 (1). Elle est intimement liée, cette question, à celle de la forme des actions. On le conçoit très bien au premier abord : la forme nominative implique, en effet, de beaucoup plus grandes facilités de poursuite que la forme au porteur, le titulaire du titre, tous les détenteurs successifs même étant connus de la société. La loi de 1867 pourrait, à ce point de vue, paraître très satisfaisante. En principe, elle maintient, en effet, les deux règles édictées par la loi de 1856, quant à la responsabilité des versements complémentaires : à savoir la responsabilité sans limite de temps des souscripteurs primitifs, qu'ils aient ou non cédé

(1) La loi de 1893 n'a pas en effet été rétroactive et des sociétés peuvent encore aujourd'hui, si elles ont été constituées avant 1893, être régies par la loi de 1867.

leurs titres, des cessionnaires intermédiaires et des détenteurs actuels ; puis l'obligation de laisser aux titres la forme nominative jusqu'à leur entière libération. A ce principe, la loi de 1867 a apporté la très importante exception que voici : dans toute société dont les statuts prévoient une atténuation à la règle légale, dont toutes les actions ont été libérées de moitié, deux ans après le vote, par l'assemblée générale des actionnaires, de conversion des titres au porteur, les personnes sont libérées, le titre seul reste tenu des versements complémentaires. Les souscripteurs primitifs, les cessionnaires intermédiaires, le porteur actuel lui-même du titre, tous sont libérés et cela que le titre ait été ou non converti (car on ne voulait pas que la forme nominative subisse vis-à-vis de celle au porteur une défaveur injuste). On voit ainsi la situation faite par la loi aux sociétés, si l'on refusait à ces dernières le procédé de l'Exécution en Bourse. Il est vrai que la solution que nous venons de donner, en ce qui concerne le porteur actuel du titre, n'est point admise par la jurisprudence qui le considère comme personnellement tenu de la libération. Mais il est certain qu'aucune poursuite ne pourra, la plupart du temps, être exercée contre lui, puisque les titres ayant été convertis au porteur, la société ne connaîtra pas ce porteur, ou du moins ne le connaîtra qu'exceptionnellement, si, par exemple, il a participé à une assemblée générale d'actionnaires, dans lesquelles un contrôle est exercé.

La loi de 1893, elle, a sauvegardé dans une mesure un peu plus large les possibilités de poursuites de la société. Elle décide en effet que les souscripteurs primitifs, cessionnaires intermédiaires et détenteurs d'actions non libérées entièrement, seront solidairement responsables des versements complémentaires des actions par eux détenues, par eux cédées, et pour assurer l'efficacité de la responsabilité qu'elle édicte, la loi déclare que les actions garderont la forme nominative jusqu'à leur entière libération. Elle admet en même temps, il est vrai, que deux ans après la cession, l'actionnaire qui a cédé son titre cesse d'être tenu des versements complémentaires. Mais outre que cette prescription ne sera pas toujours écoulée au moment où la société, réclamant ses fonds, se disposera à agir, il y aura toujours une personne, le détenteur actuel du titre, qui est connu, puisque le titre est nominatif, et qui, dès lors, pourra être poursuivie. Peut-être sera-t-elle insolvable? C'est possible, et c'est ici que l'on aperçoit la nécessité de l'Exécution en Bourse.

Admettons encore que les individus contre lesquels la société exercera des poursuites lorsqu'elle le pourra, conformément aux lois de 1867 et de 1893, soient solvables, il n'en reste pas moins vrai que ces poursuites seront longues et coûteuses et l'on aboutit toujours à l'insuffisance de la législation existante, qui ne permet pas aux sociétés d'opérer le recouvrement sûr et rapide des fonds dont elles ont besoin et qu'elles avaient été dans l'obligation, nous l'avons

montré, de ne point exiger lors de leur constitution.

Voici faite, maintenant, la justification pratique de l'Exécution en Bourse. Nous avons vu que toute association, pour pouvoir vivre, doit soumettre ses membres à une discipline à laquelle tout manquement doit avoir une sanction. Nous avons constaté aussi que dans toute société constituée par actions, au moyen des apports en argent faits par ses membres, organisme d'intérêt général la plupart du temps, ou d'intérêt local, l'obligation pour chacun d'effectuer, à la date voulue, le versement des sommes qu'il a promises à la société, sur lesquelles elle compte, est une de ces règles rigoureuses qui doivent, si elles sont violées, avoir une sanction immédiate et radicale, parce que c'est précisément pour la société une question de vie ou de mort. Or, l'Exécution en Bourse seule est une sanction suffisante. Par conséquent, elle se justifie pratiquement. Il est à remarquer, d'ailleurs, que cette institution existe en fait, nous ne disons pas dans toutes les lois des pays étrangers, mais existe en fait dans tous les pays (1). Il y a même, sous ce rapport, un fait très curieux qu'il faut signaler, c'est que suivant le tempérament des peuples, leur éducation sociale et politique, l'Exécution en Bourse, comme d'ailleurs bien d'autres institutions juridiques, revêt un caractère plus ou

(1) Les lois de certains pays, l'Italie et l'Allemagne, par exemple, ont formellement prévu l'Exécution en Bourse.

moins arbitraire, plus ou moins absolu, s'abrite sous des apparences plus ou moins légales. C'est ainsi qu'en Russie, où la légalité a encore un caractère un peu moyen-âgeux, s'est passé le fait extraordinaire suivant, qu'un banquier nous a affirmé être exact : une société par actions s'était constituée, les actions étaient de 500 francs, la société fit au bout de quelque temps un appel de fonds imprévu et parfaitement illégal d'ailleurs, de 50 francs par titre, illégal parce que cette somme était en sus des 500 francs. Les actionnaires qui ne se soumirent pas à ce versement se virent tout simplement déclarés, sans autre forme de procès, déchus de tous leurs droits, et leurs titres furent vendus. La chose ne parut pas autrement extraordinaire; en France, elle eût semblé exorbitante, car on y reconnaît que l'actionnaire tient des statuts certains droits propres et irréductibles, qu'il ne dépend même pas de la volonté d'une assemblée extraordinaire de lui enlever (1), alors même qu'elle serait unanime dans son vote. C'est ainsi qu'on n'admettrait pas qu'un actionnaire fût contraint à effectuer un versement supérieur au montant nominal de son action, alors même que la décision aurait été prise dans une assemblée, conformément à l'article 31 de la loi de 1867, qu'on n'admettrait pas *a fortiori* l'emploi dans ce cas de l'Exécution en Bourse.

(1) Thaller, *Ouv. préc.*, p. 363 et suiv.

Il faut cependant convenir, qu'à première vue, ce procédé d'exécution paraît singulièrement bizarre, lorsque surtout on réfléchit qu'en somme la société n'est autre qu'un créancier qui poursuit son débiteur, qui, pour se payer de son dû, va le dépouiller de son bien. Or, la loi a établi, pour la réalisation de ce dépouillement, toutes sortes de règles, de formalités telles que le titre exécutoire et le commandement fait à personne ou à domicile contenant notification du titre (art. 545, 551 et 583, C. pr.), qui sont autant de garanties pour la liberté civile des citoyens et ce sont là des règles intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs auxquelles, aux termes de l'article 6 du Code civil, on ne peut déroger même par des conventions particulières. Et ce souci de la loi civile de protéger le débiteur contre un dépouillement trop rapide, consommé sans la surveillance de la justice, enlevé pour ainsi dire de force, il apparaît un peu dans toute notre législation. C'est ainsi, par exemple, que le créancier gagiste ne peut vendre la chose, sur le prix de laquelle il se paiera par préférence, sans en avoir auparavant demandé l'autorisation à la justice ou sans avoir demandé que le gage lui soit attribué dans la mesure de sa créance. Et l'autorisation n'est donnée aux termes de l'article 2078, alinéa 1$^{er}$, qu'après une estimation faite par experts. La loi déclare nuls les pactes commissoires, qui tendraient dans la convention de gage, à écarter l'intervention de la Justice. L'Exécution en Bourse qui, en somme, aboutit

à dépouiller le débiteur, beaucoup plus rapidement que ne le ferait une saisie ordinaire, semble bien être contraire à ces règles fondamentales du Code civil. Ceci est vrai, mais nous avons vu quelles sont, pratiquement, les raisons impérieuses qui exigent son emploi (1). Disons d'ailleurs que l'Exécution en Bourse n'est pas dépourvue de toutes garanties : ce n'est, en effet, qu'après que l'actionnaire a été averti soit par une lettre recommandée, soit par des annonces faites dans des journaux financiers du délai qui lui est accordé, que le titre est exécuté ; ensuite la vente du titre en Bourse, on le verra plus loin lorsque nous parlerons du fonctionnement pratique de l'institution, est accompagnée de formalités qui sauvegardent jusqu'à un certain point l'intérêt de l'actionnaire ; enfin, il faut, bien remarquer, comme l'a fait M. Maurice Bernard dans l'article que j'ai déjà cité, que l'actionnaire qui refuse le paiement des versements complémentaires est toujours en faute, car n'aurait-il pas le moyen de payer qu'il pourrait souvent sur son titre emprunter une somme suffisante pour le libérer.

(1) Restera bien entendu à la justifier juridiquement, nous ne nous soucions pour l'instant que de sa justification pratique et nous constatons que celle-ci pourrait paraître singulière à première vue.

## § II. — *Etendue d'application de l'Exécution en Bourse.*

Nous n'aurions pas donné, comme nous nous le proposions dans le premier paragraphe du chapitre Ier de notre étude, une notion précise et exacte de l'Exécution en Bourse et de son rôle, si nous omettions de déterminer son étendue d'application, ce que nous allons faire.

On peut dès l'abord fournir une première précision tirée de la notion donnée déjà de l'Exécution en Bourse : il s'agit dans cette opération d'une vente, par conséquent l'Exécution en Bourse n'aura d'application possible que lorsqu'on sera en présence de titres négociables, c'est-à-dire d'actions ou d'obligations. Il n'en pourra être question pour les parts dénommées « intérêts » par exemple, affectées aux membres des sociétés par intérêts, formées *intuitu personæ*, en considération de la personne, et parts qui doivent obligatoirement rester entre les mains de tel ou tel individu déterminé, et ne peuvent être cédées qu'à tel autre individu ou avec le consentement des autres associés. Il faut ensuite qu'on soit en présence de titres non libérés entièrement, sur lesquels il reste un dû vis-à-vis de la société, sans quoi la question d'exécution ne saurait se poser. C'est ainsi qu'on n'en peut pas parler pour les parts d'associés que l'on rencontre dans la plupart des sociétés par actions et qu'on désigne sous le nom

de « parts de fondateurs ». Ce sont cependant des titres, s'ils revêtent la forme nominative ou au porteur, qui sont parfaitement négociables, qui peuvent être vendus, mais qui sont presque toujours libérés, puisque la plupart du temps ils sont représentatifs des services rendus à une société qui se fonde.

Si dans les développements qui précédent, nous avons toujours parlé d'actions, c'est qu'en général, les contestations relatives aux obligations sont moins fréquentes, parce que la libération de ces titres se fait beaucoup plus rapidement en pratique. Lorsqu'une société émet des obligations, c'est un emprunt qu'elle effectue, c'est un signe qu'au moment de l'émission elle a besoin de telle somme d'argent, aussi s'efforce-t-elle de la recouvrer le plus vite possible et l'appel de fonds complémentaire suit-il de très près le versement de la première fraction. Souvent même les obligations sont dès le début entièrement libérées. Et remarquons que, précisément pour la raison qui vient d'être indiquée, le recouvrement des fonds en matière d'obligations doit être plus sûr et plus rapide encore que dans une émission d'actions, dans l'intérêt du fonctionnement, de l'existence même de la société : peut-être le capital qu'on lui prête lui est-il absolument nécessaire pour la tirer d'un mauvais pas à la sortie duquel elle reprendra tout son essor? Une autre raison confirme cette opinion : c'est que les obligations non libérées elles-mêmes peuvent revêtir la forme au porteur et qu'ensuite la possibilité pour la

société de poursuivre les différents titulaires successifs du titre comme en matière d'actions est très discutée parmi les auteurs. Les lois de 1867 et de 1893, en effet, ne parlent pas des obligations. Leur sont-elles applicables ? (1).

L'Exécution en Bourse peut-elle s'appliquer aux valeurs à lots ? Telle est la question qu'il faut maintenant résoudre. On sait que quelquefois les sociétés, en empruntant de l'argent, en émettant des obligations, décident qu'elles paieront à leurs obligataires un intérêt très modique, la différence entre l'intérêt réel qu'elles paient et celui qu'elles paieraient sans cette combinaison devant constituer des lots quelquefois très importants de 200.000 francs et plus, attribués par des tirages au sort périodiques entre les obligations. Ce système, très recherché par les capitalistes, avantageux pour la société, permet à celle-ci de voir affluer les prêteurs. La société ne pourra-t-elle pas exécuter le titre, c'est-à-dire le revendre en Bourse aux risques et périls de l'acheteur qui devra supporter la différence ? Nous pensons que si, car enfin il s'agit ici, tout comme dans les développements fournis plus haut, d'un procédé qui s'impose pour la société par des raisons d'ordre pratique très fondées, il faut assurer le recouvrement sûr et rapide des fonds, voilà l'idée fondamentale. Ajoutons que,

(1) Voyez Chauveron, *Obligations non libérées*, 1889.— Vavasseur, article dans le *Droit* du 9 décembre 1891. — Lyon-Caën et Renault, t. 2, n° 769.

d'ailleurs, l'adjonction au titre de la chance possible du gain d'un lot, ne change en rien l'aspect des choses. On est toujours en présence d'une société à laquelle des fonds ont été promis moyennant certains avantages, et qui doit pouvoir, à un moment donné, compter sur eux avec la plus grande certitude. Restera, comme toujours, à discuter ce point sur le terrain juridique, mais la solution donnée s'impose au point de vue pratique. Notre avis et nos motifs sont les mêmes en ce qui concerne les obligations à prime de remboursement. Qu'un semblable titre soit exécuté pour cause de refus de paiement en cas d'appel de fonds, nous l'admettons pour les mêmes raisons pratiques. Peu importe que cette faveur de la prime ait été promise à l'obligataire et qu'il se voie déchu de ce droit pour l'avenir. Il n'a qu'à payer.

La question est susceptible de se poser aussi en matière de ventes à crédit ou à tempérament de valeurs à lots. Des banquiers mettent par exemple en vente des valeurs à lots, ils les vendent pour une somme supérieure à la cote de la Bourse, mais payable par fractions mensuelles, retenant le titre lui-même entre leurs mains comme garantie. Faute de paiement d'une mensualité, le titre pourra-t-il être revendu à la Bourse aux risques et périls de l'acheteur qui devra supporter la différence? Nous croyons que oui, ceci s'impose en pratique, toujours pour la même raison qui a été indiquée plus haut.

On a, sur ce point, soulevé en droit, des objections

sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir : on a prétendu notamment que la clause de résiliation, faute de paiement d'une mensualité, constituait un pacte commissoire prohibé par l'article 2078 du Code civil.

Une autre hypothèse encore à examiner, c'est celle où le titre non libéré entièrement et soumis à un appel de fonds, est grevé d'usufruit. L'appel de fonds va s'adresser au nu-propriétaire, par un avis personnel, si le titre est nominatif, peut-être même à l'usufruitier par précaution. Tous deux pourront le connaître, lorsque, le titre étant au porteur, l'avis sera fait dans des journaux financiers. Comment va fonctionner, dans ce cas, l'Exécution en Bourse? La réponse est simple, elle fonctionnera tout comme si la nue-propriété et l'usufruit étaient réunis sur une seule tête (Un procès pourra s'élever sur le terrain du droit entre le nu-propriétaire et l'usufruitier auquel celui-là n'a conféré qu'un droit résoluble, mais ceci est une question de rapports personnels entre nu-propriétaire et usufruitier).

Qu'adviendrait-il enfin de l'Exécution en Bourse, si la société qui veut la pratiquer se trouvait en état de faillite? Elle devient évidemment impossible, la société étant en plein désastre, elle ne donnerait aucun résultat. La question paraît donc naïve. Elle ne l'est cependant pas autant qu'on pourrait le croire. Et ici je songe à ce qui s'est passé pour la société de Panama. On sait que les obligations de cette société étaient des obligations à lots et, pour attirer les

souscripteurs, on avait eu l'idée de leur offrir des garanties spéciales pour le paiement des lots et des remboursements avec primes. La société consentait à ce qu'il soit fait sur chaque titre payé un prélèvement de 60 francs, remis à une société civile formée entre les souscripteurs, destinée à constituer les lots et les primes de remboursement au moyen de placements sûrs, en rentes sur l'État par exemple. Les obligataires, postérieurement à la déconfiture de la société de Panama, refusant de payer cette somme de 60 francs (il n'est pas question du reste de l'obligation) ou partie de cette somme restant due, allaient-ils se voir exécuter en Bourse? Les anciennes obligations de Panama étaient devenues de simples bons à lots. Oui, du moment qu'un fonctionnement partiel de la société reste possible, il faut admettre pratiquement l'Exécution en Bourse.

## SECTION II

## OPÉRATIONS JURIDIQUES ANALOGUES A L'EXÉCUTION EN BOURSE

Ce que nous nous proposons de faire ici, ce n'est pas une comparaison, au point de vue juridique, de l'Exécution en Bourse avec certaines autres institutions analogues, c'est un simple rapprochement de fait entre des opérations qui paraissent, en effet, semblables, en ce sens qu'elles ont pour base

pratique les mêmes motifs de rapidité nécessaire dans l'exécution d'une obligation de faire ou de donner. Nous ne citerons que deux de ces opérations.

C'est d'abord l'exécution employée par l'agent de change dans le cas où son donneur d'ordres fait défaut. Nous aurons, d'ailleurs, à en reparler lorsque dans notre deuxième chapitre, nous nous occuperons du fonctionnement pratique de l'Exécution en Bourse, fonctionnement dont le cadre est calqué sur les règles tracées dans les textes relatifs à l'exécution par l'agent de change. L'article 59 du décret du 7 octobre 1890 et l'article 60 prévoient, en effet, les cas où un individu, ayant donné des ordres à un agent de change, n'exécute pas volontairement son engagement, qu'il s'agisse de marchés au comptant ou de marchés à terme. Les textes précités permettent à l'agent d'exécuter son client aux risques et périls de ce dernier, de procéder à l'achat ou à la vente des valeurs convenues, ceci, bien entendu, après l'accomplissement de formalités importantes, tel que l'avertissement du client par lettre recommandée. On voit de suite, dans cette hypothèse, à quels besoins pratiques répond l'Exécution. Voilà un agent de change, qui, sur l'ordre de son client de passer pour lui l'achat souvent très important (nous songeons au cas, par exemple, de ceux qui jouent à la Bourse) de telles ou telles valeurs, sans avoir exigé auparavant qu'on lui remette des fonds en garantie, s'engage vis-à-vis de son confrère. Qu'au jour venu, les fonds ne lui parviennent pas et le

voilà mis dans l'obligation ou bien de payer de sa caisse personnelle, ou de manquer à son engagement, ce qui n'est point admis. L'exécution du client, qui le dispense de l'emploi long, coûteux et incertain de la procédure ordinaire de saisie, vient par sa rapidité parer à toutes les éventualités : elle s'imposait. Il est bon de remarquer que les voies d'exécution de droit commun restent à la disposition de l'agent de change qui aurait un recours à exercer contre son donneur d'ordres défaillant.

C'est encore une opération analogue à l'Exécution en Bourse, quant à ses résultats de simplification d'exécution et quant à sa base pratique de rapidité nécessaire dans un intérêt collectif, que nous rencontrons dans ce qu'on appelle « l'exécution des obligations par remplacement », réglée par l'article 1144 du Code civil et surtout telle qu'elle est interprétée et comprise par bien des auteurs. Le texte dit exactement ceci : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution (de l'obligation de faire ou de ne pas faire, c'est celle dont traite la section 3 du liv. 3, titre 3, chap. 3 du Code civil, dans laquelle se trouve l'article 1144), être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». Il est évident que l'idée du législateur est de donner à l'exécution en nature de l'obligation, la préférence sur l'exécution par équivalent et de permettre au créancier, chaque fois que faire se peut, d'arriver à la réalisation pratique des engagements pris envers lui par son débiteur, sans toutefois, ceci est impliqué par

l'article 1142, exercer des violences sur la liberté physique ou morale de celui-ci. Or, la plupart des auteurs, MM. Aubry et Rau (1), par exemple, admettent que l'article 1144 s'applique non seulement aux obligations de faire ou de ne pas faire, mais à toutes, à l'obligation de donner par exemple — et ensuite que l'autorisation préalable de la justice, n'est pas, comme semble l'imposer la loi, absolument nécessaire (2). L'article 1144 serait donc d'une très large application, de plus, il autoriserait une exécution par le créancier, précédée d'un simple avertissement au débiteur, encore que cet avertissement ne soit prescrit par aucun texte. Sans discuter juridiquement tous ces points de détail, remarquons qu'il s'agit bien ici d'une simplification d'exécution, le créancier étant dispensé de recourir

(1) Aubry et Rau, *Dr. civ.*, t. 4, § 299, p. 63.

(2) Voir Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. 1, n° 437. M. Baudry fait remarquer que l'autorisation n'est vraiment indispensable que quand il doit y avoir une atteinte sur la personne ou les biens du débiteur. Si, par exemple, le créancier veut exécuter un fait promis, en vertu d'une obligation de faire, sur le fonds du contrevenant, il faudra une autorisation, car pour l'exécution en fait, il faut pénétrer dans l'immeuble du débiteur, de même si le créancier voulait détruire des travaux exécutés par contravention à une obligation de ne pas faire. — M. Bernard, lui, *Ouv. préc.*, p. 24, prétend « que l'autorisation de justice est seulement utile en ce sens qu'elle rend impossible toute discussion ultérieure sur l'opportunité de l'exécution par remplacement et les conditions plus ou moins onéreuses dans lesquelles elle s'est effectuée ». Il rappelle d'ailleurs à ce sujet (p. 25, note 1), avec MM. Lyon-Caën et Renault, qu'en droit commercial, le droit pour l'acheteur de se remplacer sans autorisation préalable n'est qu'une application faite par l'usage commercial d'un point résolu en droit civil par l'article 1144.

aux voies d'exécution ordinaires; qu'ensuite son fondement réside dans les nécessités pratiques qui veulent qu'un créancier ne reste pas indéfiniment soumis à la mauvaise volonté de son débiteur et que soit assurée l'application du principe général en vertu duquel le créancier doit pouvoir obtenir l'exécution en nature de l'obligation (1). Au point de vue pratique, cet article 1144 peut avoir une importance considérable : M. Bernard (2) cite, par exemple, le cas d'un commerçant qui doit à une échéance déterminée opérer une livraison de marchandises; au jour venu, les marchandises ne sont pas là, le commerçant se les fera livrer par un tiers, comme si le premier marché n'avait pas été passé et pourra, pour le règlement du second, s'adresser à son premier vendeur, s'il est déjà payé.

Une conclusion s'impose de ces développements : c'est qu'on rencontre dans notre législation des cas importants dans lesquels, pour des motifs pratiques du plus haut intérêt, les voies ordinaires d'exécution contre un citoyen sont réduites à leur plus grande simplification, tout comme dans l'Exécution en Bourse. Sont-ils, sur le terrain juridique, plus solides, basés sur des textes, ont-ils un appui légal que n'a pas l'Exécution en Bourse, c'est ce que nous aurons à voir dans notre deuxième partie. Constatons, pour l'instant, que cette dernière, dans son fonctionne-

(1) Trav. prép., *Code civ.*, Locré, XII, p. 433. Fenet, XIII, p. 327.
(2) Bernard, *Ouv. préc.*, p. 24.

ment, n'est pas, dans notre législation, quelque chose d'unique dans son genre et qu'en même temps, elle s'appuie sur des raisons d'ordre pratique aussi sérieuses que celles qui motivent des exécutions de la catégorie de celles que nous venons d'étudier.

## CHAPITRE II

### Fonctionnement pratique de l'Exécution en Bourse.

Ce chapitre, destiné à montrer l'institution vivant dans son véritable milieu, fonctionnant pratiquement, se divisera en trois paragraphes : 1° On indiquera les formalités préparatoires, antérieures à l'Exécution en Bourse ; 2° l'Exécution en Bourse, elle-même, fera l'objet du deuxième paragraphe ; 3° enfin, il faudra se rendre un compte exact de la situation à l'époque postérieure à l'Exécution en Bourse par l'établissement émetteur de valeurs.

#### SECTION I

#### FORMALITÉS PRÉPARATOIRES

Ces formalités, qui, dans les exécutions ordinaires, dans les saisies, telles qu'elles sont réglementées par

notre Code de procédure, sont minutieusement déterminées et possèdent une très réelle importance, n'ont, au contraire, ici, rien de très précis. C'est l'usage qui les a fixées, tout comme l'institution elle-même. Il est à remarquer d'ailleurs que les statuts des sociétés tranchent le plus souvent ce point : il y est dit qu'en cas de non versement d'un appel de fonds, il sera procédé à l'exécution du titre après avertissement de son titulaire. Cet avertissement, la mise en demeure, se fait au domicile élu par lettre recommandée, lorsqu'il s'agit d'un titre nominatif, et par annonce, à une ou plusieurs reprises, dans des journaux de finance répandus, lorsqu'il est question d'un titre au porteur. On se trouve, si l'on veut, en présence d'une espèce de commandement simplifié, dépouillé de son vêtement de procédure, de son caractère juridique. Ceci fait, et n'ayant produit aucun résultat efficace quant au versement des fonds appelés, il va être procédé à l'Exécution en Bourse du titre dès que se sera écoulé le délai indiqué dans les statuts et reproduit par l'avertissement (1). C'est dans la seconde phase qu'on pénètre.

(1) Souvent, dans la pratique, avant de procéder à la vente, l'établissement qui exécute, s'adresse par requête au Président du Tribunal, qui, par une ordonnance, commet telle ou telle personne, le syndic des agents de change, par exemple, à l'effet de procéder à la vente. C'est là une mesure de prudence simplement qu'on ne rencontre d'ailleurs pas toujours et qui n'a souvent d'autre but que de couvrir la responsabilité de l'agent de change chargé de réaliser les actions.

## SECTION II

## EXÉCUTION EN BOURSE

Nous ne saurions mieux faire ici, que de donner tout simplement le texte du décret du 7 octobre 1890, modifié par celui du 19 juin 1898, qui règle la question, puis celui du règlement particulier homologué par M. le Ministre des Finances et enfin celui du règlement intérieur de la compagnie des agents de change près la bourse de Paris.

### Décret

ART. 70

Lorsqu'un agent de change est commis par justice à l'effet de négocier des valeurs, il doit faire approuver, 24 heures au moins avant la négociation, une affiche signée de lui dans l'intérieur de la Bourse, dans ses bureaux ou dans tout autre endroit désigné par le juge.

Cette affiche indique la nature des valeurs à né-

### Règlement particulier

ART. 67

Les enchères prévues par l'article 70 du décret du 7 octobre 1890 se font au parquet des agents de change à l'issue de la Bourse aux jours, heures, conditions déterminées par la Chambre syndicale, mais au plus tard dans un délai de huit jours à partir de la demande de négociation.

Nul ne peut enchérir en surenchère que par

### Règlement intérieur

ART. 65

L'affiche prévue par l'article 70 du décret du 7 octobre 1890 doit mentionner les dates et heures des enchères et surenchères. Elle indique si la vente s'effectuera en un ou plusieurs lots et, dans ce dernier cas, elle fixe l'importance de chaque lot.

En outre des endroits désignés par l'article 70, ladite affiche doit être apposée dans

gocier, leur quantité, la décision en vertu de laquelle la négociation est effectuée, le nom de l'agent de change chargé de la négociation et les jours auxquels cette négociation aura lieu.

Pour les valeurs qui ne figurent pas à la partie officielle de la cote, des enchères sont ouvertes et reçues avec faculté de surenchère pendant les délais et sous les conditions déterminées par la Chambre syndicale, ou, s'il n'y a pas de Chambre syndicale, par le Tribunal de commerce.

La Chambre syndicale ou, s'il n'y a pas de Chambre syndicale, le Tribunal de commerce, peut toujours décider que cette procédure sera appliquée même à des valeurs figurant à la partie

ministère d'agent de change.

Les surenchères sont reçues pendant un délai minimum de 24 heures.

Un adjoint au syndic est chargé de la police de la salle.

le cabinet de la Compagnie à la Bourse.

ART. 66

Aux jours fixés par la Chambre syndicale, les enchères annoncées sur les affiches auront lieu à 3 heures et demie, au Parquet, par le ministère des agents de change commis à cet effet, assistés d'un adjoint de service.

S'il y a plusieurs adjudications le même jour, la Chambre syndicale décidera l'ordre dans lequel elles auront lieu.

ART. 67

L'adjudication provisoire sera prononcée par l'agent de change vendeur aussitôt que les enchères seront épuisées. Le cours figurera sur la cote à titre provisoire.

officielle de la cote.

ART. 71

Les formalités prescrites par les deux premiers paragraphes de l'article précédent s'appliquent :

1° A la négociation des valeurs réalisées en vertu de l'article 93 du Code de commerce, après que l'agent de change s'est fait justifier de l'accomplissement des formalités prévues par cet article ;

2° A la négociation des valeurs réalisées pour défaut de versement des termes appelés, à moins que les statuts de l'établissement qui exige la réalisation ne contiennent sur ce point des dispositions spéciales.

La Chambre syndicale ou, s'il n'y a pas de Chambre syndicale, le Tribunal

ART. 69

Pour les enchères ou surenchères, le courtage est de un quart pour cent sur la vente et d'un dixième pour cent sur l'achat.

de commerce, peut toujours, pour ces diverses négociations, autoriser ou ordonner l'emploi de la procédure indiquée au paragraphe 3 de l'article précédent.

ART. 72

Avant de procéder à la négociation des valeurs appartenant à des mineurs ou à des interdits, l'agent de change doit s'assurer que la négociation a été autorisée dans les conditions déterminées par la loi du 27 février 1880.

ART. 73

Dans les divers cas prévus aux articles 70 à 72, le bordereau de l'agent de change constitue le procès-verbal de la vente. Il contient la spécification des titres vendus.

ART. 45

La Chambre syndicale ou, à son défaut, le

| | | |
|---|---|---|
| Tribunal de commerce, peut toujours autoriser ou ordonner l'emploi, pour des valeurs déterminées, de la procédure spéciale indiquée au paragraphe 3 de l'article 70. | | |

On voit qu'en somme, bien que l'Exécution en Bourse constitue un mode de poursuites extrêmement rapide et simplifié dans son fonctionnement, il est cependant vrai de dire qu'elle présente des garanties de moralité et de régularité suffisantes, réglées par les textes qui viennent de passer sous nos yeux. Sans doute, le paragraphe 2 de l'article 71 du décret du 7 octobre 1890, prévoit bien la possibilité pour la société qui emploiera la réalisation pour défaut de versement des termes appelés, de prendre sur ce point, dans les statuts, des dispositions particulières, mais il faut observer que la plupart du temps, ce sera pour accroître ces garanties, et qu'en outre (une fois admis le principe même de l'emploi de l'Exécution en Bourse) les titulaires de titres ont, en somme, connu et approuvé, par le fait même de leur souscription, les statuts de la société dont il s'agit.

Remarquons, avant de terminer ce paragraphe, au sujet de l'article 72 du décret de 1890, que nous avons à dessein mentionné, qu'il est inapplicable à

notre hypothèse d'Exécution en Bourse, dans laquelle il s'agit d'une exécution forcée, imposée à la personne titulaire du titre, dans un intérêt d'ordre supérieur au sien, fût-elle un mineur ou un interdit jouissant de par la loi d'une protection particulière (1).

### SECTION III

### CONSÉQUENCES DE L'EXÉCUTION EN BOURSE

Le titre exécuté a été vendu en Bourse; comme la plupart du temps, c'est le propriétaire du titre qui l'a entre les mains, ce n'est pas le titre lui-même qui a été vendu, c'est un double. Il a été vendu « sur duplicata » selon l'expression consacrée, c'est-à-dire qu'il a été annulé et remplacé par un nouveau portant le même numéro que l'on a remis à l'acheteur. Que va-t-il dès lors se passer? car enfin deux résultats ont pu se produire : ou bien la vente a été bonne et a produit plus qu'il n'était dû à la société qui exécutait, ou bien elle a été désastreuse et a produit beaucoup moins qu'il n'était réclamé. Au

(1) Pour ces questions de formes de l'Exécution, voir au surplus: *Jurispr. gén.*, Dalloz, V° Société, n°s 1153 et 1154. — Civ. Cass., 17 avril 1855, D. P., 55, 1, 214. — Civ. req., 13 août 1856, D. P., 56, 1, 343. — Civ. Cass., 10 mai 1859, D. P., 59, 1, 368. — Lyon-Caën et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 1528. — Bozérian, *La Bourse*, n° 346. — Mollot, *Bourses de Commerce*, n° 183 et suiv.

premier cas, la réponse varie : s'il s'agit de titres nominatifs, la compagnie, la société préviendra immédiatement le titulaire dont on a vendu le titre et lui remettra la somme lui revenant ; s'il est, au contraire, question d'actions ou d'obligations au porteur, l'ancien détenteur se présentant, il lui sera remis la somme lui revenant sur la vente, déduction faite de tous les frais. Au deuxième cas, la société conserve toujours le droit, lorsqu'elle en a la possibilité et qu'elle croit à l'efficacité de semblables moyens, d'intenter contre les actionnaires récalcitrants des poursuites ordinaires conformément aux règles du Code de procédure. Ce sera une action personnelle qui pourra avoir de l'effet et pourra être exercée soit contre les souscripteurs, soit contre les cessionnaires successifs, jusqu'au détenteur inclusivement, puisqu'ils sont tous concurremment tenus du montant intégral des actions. Disons d'ailleurs, en passant, qu'il serait inexact de prétendre que la société a perdu le droit d'intenter cette action personnelle contre ses débiteurs, parce qu'elle aurait tout d'abord opté pour l'action réelle. Le fait d'avoir intenté l'action réelle toute facultative, ne saurait constituer un obstacle juridique ni une renonciation à l'action personnelle ; on ne peut ici appliquer la maxime : *Electa una via non datur regressus ad alteram.* Du reste les statuts eux-mêmes, en général, précisent ce point (1).

(1) En général, les statuts disent en substance ceci : « La société

Examinons d'un mot la situation de l'acquéreur du titre exécuté. Il devient bien et légalement actionnaire ou obligataire de la société avec tous les droits et charges qu'implique semblable situation. On a soutenu le contraire : c'est ainsi qu'au cours d'un procès intenté par le liquidateur de la société « L'Épargne populaire » contre un nommé Brocheton, celui-ci avait prétendu que les acquéreurs des titres vendus à la Bourse de Paris, en versant leur prix, n'avaient pu recevoir des titres entièrement libérés à leur égard, et prendre ainsi part à une assemblée générale des actionnaires. Et la Cour de Paris (1) de décider : « Considérant que, quel qu'ait été le prix d'acquisition de ces titres, cette prétention de l'appelant est inadmissible, contraire aux statuts, contraire à la loi et à l'usage ; qu'en effet, il ne faut pas confondre, comme le fait l'appelant, le contrat de cession volontaire d'une action dans une société étrangère à ce contrat, avec l'achat fait par un tiers d'un titre exproprié à la requête de la société, sur un actionnaire, débiteur envers elle de ce qu'il a promis

conservera et pourra exercer, après la vente des actions en retard et pour la somme restant due, l'action personnelle et de droit commun contre les retardataires et leurs garants. Le produit de la vente des titres en retard, déduction faite des frais et intérêts dus, appartiendra à la société et s'imputera sur ce qui sera dû par l'actionnaire exproprié, en commençant par les versements les plus anciennement exigibles. Le déficit sera à la charge des débiteurs en retard, comme ils profiteront des excédents, s'il en existe. (Statuts de l'Epargne Populaire).

(1) Dalloz, 1886, 2, 1889.

d'y apporter, conformément à l'article 1845 du Code civil, ne répondant pas à ses appels de fonds et tombant sous la sanction pénale stipulée dans les statuts; que ce titre est ainsi vendu en Bourse publiquement, dans son intégralité, moyennant un prix ferme, unique, définitivement fixé par les enchères; que l'action, en effet, dans une société, constitue une part du fonds social, un ensemble de droits représenté par un titre nominatif ou au porteur; que c'est ce titre exproprié, en vertu d'une sorte d'action réelle, dont l'exercice est généralement réglé par les statuts sociaux, qui devient, avec tous les droits y afférents, la propriété de l'acquéreur, sans autres conditions ni charges pour lui que de payer son prix d'acquisition; considérant que ce prix, produit de la vente, est l'équivalent de ce qui reste dû par le titre lui-même, tous droits personnels réservés pour le solde contre les débiteurs expropriés; que si la société est prospère, ce produit peut être égal à la somme restant due, et même présenter un excédent; que si elle est dans une situation précaire, comme était l'Epargne populaire, ce produit est plus ou moins au-dessous de ce qui reste dû, selon la valeur vénale de l'action, de son cours en Bourse, mais que l'acheteur, dans un cas comme dans l'autre, n'en acquiert pas moins ce titre entièrement libéré en ce qui le concerne, avec la jouissance de tous les droits qui y sont attachés ». L'arrêt remarque enfin que la situation serait étrange d'une société dans laquelle certains actionnaires, les acquéreurs dont

on parlait plus haut, n'auraient jamais le droit de figurer aux assemblées qu'à la condition de payer des sommes qu'ils ne doivent pas. Il indique en outre que les récépissés provisoires, délivrés aux acquéreurs des titres au nom de la société, par l'intermédiaire de l'agent de change portent, selon l'usage, la mention « entièrement libérées ». On voit que, dans cet arrêt, la Cour considère l'Exécution en Bourse comme une véritable expropriation. Peut-être ne sera-ce pas notre point de vue à nous, mais nous verrons qu'en ce qui concerne la situation de l'acquéreur du titre exécuté, notre conclusion, dans le système qui sera adopté sur la nature juridique de l'Exécution en Bourse, sera la même que celle qu'on vient de développer en quelques mots et qui n'est d'ailleurs que conforme à ce qui se passe dans la pratique.

# DEUXIÈME PARTIE

## Justification théorique et juridique de l'Exécution en Bourse.

Dans l'Exécution en Bourse, on se trouve en présence d'une institution édifiée par la pratique, non réglementée par le législateur, et d'autant plus anormale au premier abord qu'elle paraît contraire à une prohibition absolument formelle de nos lois, prohibition d'ordre public, en vertu de laquelle on ne peut dépouiller de ses biens un citoyen quelconque sans observer certaines formalités importantes, qui sont autant de garanties pour la liberté individuelle. Sa justification théorique et juridique n'en est rendue que plus difficile : on conçoit bien qu'il serait, juridiquement parlant, plus aisé de légitimer une pra-

tique qui ne viendrait heurter aucun des principes admis dans la législation actuelle.

Il faut donc, avant de chercher la base juridique de l'opération étudiée telle qu'elle fonctionne dans la pratique, savoir de quel côté se diriger. C'est la question dont nous parlions dans notre Introduction et qu'il faut nécessairement résoudre pour solutionner notre deuxième partie, car enfin à supposer qu'on admette avec de rares auteurs que seule la loi et la loi interprétée strictement est créatrice de droit, il serait peut-être inutile d'aller plus loin et l'on devrait déclarer de suite que l'Exécution en Bourse doit être repoussée parce que la loi ne l'a pas prévue et réglementée. Eclaircissons donc ce premier point dans un chapitre 1$^{er}$, au cours duquel on aura l'occasion de formuler contre les théories modernes d'interprétation du droit, certaines critiques intéressantes. On pourra mieux ensuite, dans un deuxième chapitre, certaines méthodes d'interprétation ayant été repoussées, d'autres admises, trouver celle qui convient à notre espèce et qui sera capable d'asseoir dans tous ses détails, d'une façon solide au point de vue juridique, l'institution de l'Exécution en Bourse.

## CHAPITRE PREMIER

### Diverses Sources du Droit.

Mettons-nous, comme dans l'hypothèse d'Exécution en Bourse, en présence d'une opération actuellement existante, dont le fonctionnement s'est établi en quelque sorte de lui-même sous l'influence d'impérieuses nécessités pratiques, dont le législateur n'a pas parlé et voyons comment, au point de vue juridique, c'est-à-dire de la force légale à lui attribuer devant les tribunaux, on peut arriver à la justifier. Comment aboutir à donner à cette réglementation qui paraît extra-légale, les caractères et les effets d'une loi écrite. Il faut d'abord observer que cette question de sources et d'interprétation du droit se pose forcément et chaque jour davantage à notre époque (1). Il suffit, pour s'en rendre compte, de

(1) Elle a d'ailleurs fait naître dans ces dernières années des ou-

relire le passage si souvent cité qu'on trouve dans le discours préliminaire de la présentation du projet du Code civil, qu'avaient préparé Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Malleville. « Nous nous sommes, disaient-ils, préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts si multipliés, leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. D'ailleurs comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat, car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais, ils agissent toujours et ce mouvement qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque

vrages importants en France et à l'étranger, qui lui sont exclusivement consacrés. Voir par ex. : Geny, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, avec une préface de M. Saleilles. Voir également l'ouvrage de M. Alexandre Alvarez, professeur de législation civile comparée à l'Université de Santiago, du Chili, intitulé : « Une nouvelle conception des Etudes juridiques et de la Codification du droit civil », 1 vol. in-8°. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1904, avec une préface de M. Jacques Flach, professeur au Collège de France.

combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, d'en diriger l'application ». Cette observation est d'autant plus exacte aujourd'hui, qu'étant donné le mécanisme parlementaire actuel en France, il est impossible que le pouvoir législatif intervienne à chaque nouvelle manifestation de l'activité humaine. Il ne le peut pas. Qu'on réfléchisse déjà au temps qui lui est nécessaire pour introduire les plus grosses et les plus importantes réformes réclamées par le public ! C'est cette raison qui nous fait nous placer dans ce chapitre en dehors de l'intervention possible d'une loi à laquelle il ne faut pas songer à avoir recours et qui fait aussi qu'on ne parlera même pas de deux théories bien voisines d'interprétation du droit qui, toutes deux, nous dispenseraient de pousser plus loin notre étude, l'une soutenue par M. Ch. Laurent, qui n'admet d'autre source de droit que la loi, aucune loi ne parle de l'Exécution en Bourse, on ne peut donc pas l'admettre ; l'autre « qui voulant parer aux dangers de l'ossification du droit civil propose de réformer périodiquement la codification dans son ensemble » et de recourir, par exemple, à des révisions décennales (1).

(1) Voyez Roguin, *Observations sur la Codification des lois civiles*, Lausanne, 1886, p. 77-98. — J. Percerou, professeur à la Faculté de droit de Dijon : A propos d'un nouveau livre sur une nouvelle conception des Etudes juridiques et de la Codification du droit civil. (Extrait de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, p. 27).

Un premier système consiste à soutenir qu'il existe deux sources de droit : la coutume et le droit écrit. Que l'on doive accorder une certaine place au droit coutumier, ceci ne fait aucun doute, lorsque, comme dans les articles 672 et 673 du Code civil, la loi elle-même accepte l'autorité de la coutume et s'y réfère. Mais on soutient qu'indépendamment même de ces cas, précisément à cause des nécessités sociales, des relations juridiques nouvelles et forcées, la coutume est source de droit et revêt un caractère impératif. Que penser de cette théorie? Evidemment, elle est contraire au Code, néanmoins elle est indispensable pour expliquer certains cas de force impérative donnée à la coutume, par exemple, l'usage qui existe dans presque toutes les places commerciales, notamment à Dijon, d'exiger que l'acheteur d'un fonds de commerce en fasse la publicité dans les journaux avant de payer le prix au vendeur, pour avertir les tiers, et de sanctionner cette formalité par l'obligation qu'on lui impose de payer le prix à nouveau aux créanciers du vendeur, s'il ne l'a pas observée. Certains auteurs ne l'admettent cependant qu'avec des restrictions, en décidant qu'on n'accordera de valeur impérative à la coutume, que lorsqu'elle sera le résultat de l'interprétation de la volonté des parties. Lorsque, par exemple, dans un contrat, tel ou tel point n'aura pas été prévu, on prendra la coutume, et on la considérera comme interprétative de la volonté des parties. Cette restriction est insuffisante, il est certain que dans l'exemple

cité plus haut, et quoiqu'en puisse dire M. Lyon-Caën, la coutume ne peut pas être considérée comme interprétative de la volonté des parties. Aussi, certains juristes très rares repoussent-ils complètement l'autorité de la coutume. M. Ballot-Beaupré, premier président de la Cour de Cassation, est de ceux-là. Il le fait voir très nettement dans un passage du discours qu'il prononça lors du centenaire du Code civil et que nous nous permettons de citer : « Je me place à un point de vue exclusivement judiciaire, or, pour le juge, il est incontestable, en l'état de notre organisation actuelle, qu'il n'existe pas à proprement parler d'autre source de droit civil que la loi. En effet, les décisions des tribunaux et des cours d'appel, qui tranchent les questions de fait souverainement, sont, pour les questions de droit, soumises au contrôle de la Cour de Cassation, instituée pour maintenir l'unité de jurisprudence, mais où serait l'unité, si les règles de droit purement coutumières étaient obligatoires à ce titre, et si elles étaient, je le suppose, constatées et appliquées en sens contraires par des juridictions différentes ? La Cour de cassation ne pourrait pas intervenir comme régulatrice, car, selon les expressions mêmes du législateur, elle ne peut casser que pour contravention expresse à la loi, et j'ajoute à la loi écrite, puisque le décret du 1er décembre 1790, qui a créé notre compagnie, porte dans son article 17, toujours en vigueur : le dispositif du jugement de cassation contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles

la décision sera appuyée. On ne saurait invoquer devant vous, comme tenant lieu de loi, ni un usage si aucun article ne s'y réfère, ni une maxime reçue si aucun article n'en fait l'application, ni une suite ininterrompue de décisions semblables, puisque la chose jugée n'a d'autorité qu'entre les parties. Ce qu'a voulu dire Portalis (1), c'est simplement qu'en fait, dans la pratique, quand un usage est sanctionné par une série de jugements, les particuliers sont naturellement amenés à le prendre pour règle de conduite; mais en principe, le juge garde sa liberté dans chaque affaire et juridiquement sa sentence, en dehors des questions de fait, ne sera justifiée que si on peut se rattacher à un texte de loi ». La pensée qui guide M. Ballot-Beaupré est, on le voit, la crainte de l'arbitraire et du désordre dans la législation, poussé à un degré tel qu'on retomberait dans un état semblable à celui de l'ancien droit français, hérissé d'une multitude de coutumes la plupart du temps inconnues d'une région à l'autre. On peut répondre à cette opinion, purement personnelle, d'ailleurs, que l'interprétation donnée de la phrase du discours préliminaire de Portalis, semble faussée, alors surtout qu'au début de ce même discours, l'auteur s'était efforcé de faire ressortir l'impossibilité,

(1) Dans son discours préliminaire du Code civil, Portalis disait en effet : « A défaut de textes précis sur chaque matière, un usage constant et bien établi, une suite ininterrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi ».

pour le législateur, de prévoir et régler toutes les situations ; qu'ensuite cette opinion est contraire à ce qui se passe dans la pratique : la jurisprudence n'a-t-elle pas en effet tenu compte de la coutume dans sa théorie sur la responsabilité du simple fait? Nous savons bien que M. le Premier Président objecte, dans son discours du Centenaire, que la théorie instituant la coutume, source de droit, et aussi source d'arbitraire est inutile, puisque les textes du Code interprétés, comparés, rapprochés suffisent (1), pour aboutir au même résultat et que la nécessité d'appuyer toute décision sur un texte, limite l'arbitraire et constitue dès lors une garantie. Mais en admettant que la coutume est source de droit, n'y a-t-il pas moyen d'apporter à l'application du système des garanties? Nous croyons que oui, en se basant comme le voudrait M. Geny (2) sur la justice et l'utilité sociale. « Quant à savoir, dit notre ancien maître, ce que requièrent la justice et l'utilité, on ne peut le dégager que d'une auscultation attentive du sentiment moral qui domine notre conception actuelle des rapports entre les hommes, et d'un examen des conditions sociales et économiques, permettant d'évaluer les intérêts en présence, d'après l'état de notre civilisation contemporaine ». La cou-

(1) Nous verrons que ceci est loin d'être toujours vrai. La théorie de la responsabilité du simple fait le prouve d'ailleurs. On verra les inconvénients de la théorie de M. Ballot-Beaupré.

(2) Geny, *Méthode d'interprétation du droit privé*, n° 174.

tume ne sera donc pas toujours source de droit, auquel cas elle exposerait à l'arbitraire. Il faudra discerner.

D'ailleurs, les progrès juridiques imposent l'intervention de la coutume, qui en fait se produit. Que si l'on trouve cette intervention extra-légale, dangereuse, contraire à l'intention des rédacteurs du Code, qu'on trouve un remède présentant plus de garanties, mais qu'on n'enraye pas l'évolution constante du droit ! Qu'avec M. Alvarez (1), par exemple, on reconnaisse l'incapacité dans laquelle se trouve le pouvoir législatif de remplir son rôle, qu'on rompe franchement avec le principe jusqu'ici intangible de la séparation des deux pouvoirs législatif et judiciaire et qu'on attribue à la Cour de cassation, toutes Chambres réunies, et ce système présenterait des garanties, le pouvoir de donner à la vraie coutume, force de loi, d'édicter comme autrefois les Parlements, des dispositions ayant force légale ! Qu'avec M. Alvarez toujours, on estime que « cette solution s'impose si l'on considère l'état politique actuel. Le régime parlementaire aboutit en effet à ce que le pouvoir législatif gouverne bien plus qu'il ne légifère, et empiète ainsi sur les attributions réservées à l'exécutif. Pourquoi dès lors le judiciaire ne

(1) Alvarez, *Ouv. préc.* — J. Percerou, *Ouv. préc.*, p. 28, qui constate l'exactitude de l'observation de M. Alvarez et cite des auteurs qui, sur ce point, émettent une opinion semblable : Michou, L'Initiative parlementaire et la réforme du travail législatif, 1898 ; Charles Benoît, La Réforme parlementaire, introduction, p. 16 et 37.

pourrait-il pas se substituer dans une mesure convenable au législatif? ».

Et d'ailleurs, quelque opinion que l'on ait sur cette question, il n'en est pas moins vrai qu'en fait la coutume, l'usage tiennent une place dans notre législation et que sur bien des points, on leur accorde une force légale. Il faut donc les reconnaître.

Exposons maintenant les grandes lignes d'un second système, qui, en l'absence de disposition écrite sur une situation spéciale à régler, préconise et n'admet que le rattachement direct ou indirect à un texte du Code civil. C'est en somme la théorie émise dans le discours précité par M. Ballot-Beaupré. « Le Code civil est entre les mains des juristes, un instrument d'une singulière puissance : tantôt il énonce un principe dont on n'a qu'à dégager logiquement les conséquences dans les hypothèses les plus variées, tantôt il donne une solution impliquant l'existence d'un principe que l'on dégage à son tour et auquel on remonte pour en faire découler des conséquences analogues en vue d'hypothèses nouvelles; tantôt par la combinaison d'articles même séparés et éloignés les uns des autres, il permet d'atténuer les effets rigoureux ou de corriger les imperfections de l'un d'eux..... Il renferme d'autre part un grand nombre de dispositions assez générales et assez souples pour procurer aux tribunaux *toujours* un moyen de statuer. C'est aussi la théorie de M. Saleilles qui l'a maintes fois appliquée, notamment dans l'interprétation qu'il donne des articles

1382 et 1383 du Code civil en ce qui concerne la responsabilité du simple fait. Le système que nous venons d'exposer a du bon, il pourra souvent s'appliquer, mais il contient en lui-même un danger, qu'ont d'ailleurs aperçu ses partisans, qui le rend insuffisant et qui oblige à recourir à la coutume : c'est que l'interprète risque de fausser la nature de la loi et de se laisser entraîner dans des raisonnements artificiels et arbitraires, qu'on n'arrivera souvent même pas à échafauder, aucune disposition du Code ne se trouvant applicable, malgré toute la bonne volonté possible. Qu'on nous permette à ce propos de citer encore l'avis de notre ancien maître, M. Geny (1) : « Le progrès juridique s'opérera plus large et plus sûr par une méthode d'investigation sincère qui, reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite, cherchera à y pourvoir au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrutant en toute franchise la nature des choses objectives et cherchant notamment à produire l'équilibre des intérêts, que par le faux-fuyant d'une interprétation forcée de textes légaux, dont le but n'est pas seulement de méconnaître la nature de la loi écrite et les règles propres à sa mise en valeur, qui, de plus, ne peut que fausser les idées et conduire à des conclusions incomplètes ».

Concluons qu'il faudra employer la méthode préconisée par ce système toutes les fois que le

(1) Geny, *Ouv. préc.*, n° 174.

rattachement aux textes légaux actuels, que l'application ou l'interprétation d'une loi existante, se prêteront naturellement, sans contrainte, sans construction artificielle à une adaptation pour la situation nouvelle à réglementer. Mais nous n'admettons pas qu'on veuille s'efforcer *a priori*, alors que rien n'autorise l'emploi d'un semblable procédé, de faire rentrer dans le cadre des textes de nos Codes toutes les questions nouvelles qui se posent chaque jour et cela sous prétexte d'éviter l'arbitraire, c'est un arbitraire comme un autre.

En présence donc, et c'est le résultat auquel nous conduisent les développements précédents, d'une institution dont l'existence pratique s'impose, mais qui n'est pas prévue par des textes spéciaux, il faut pour lui trouver une base juridique s'adresser aux deux méthodes admises plus haut : coutume, usage, puis application de dispositions générales du Code ou rattachement à des textes existants, j'admets même parfaitement avec certains auteurs qu'il faut le plus possible rechercher le rattachement à une conception légale, avant de s'adresser à l'usage pour créer une espèce de « catégorie à part ». Et, si dans les développements qui vont suivre, nous placerons en tête l'usage et la coutume, ce sera parce que des motifs impérieux nous forceront à repousser d'une façon absolue l'intervention de cette méthode dans la solution de la question, à laquelle j'arrive maintenant, de la base juridique de l'Exécution en Bourse.

## CHAPITRE II

### De la base juridique de l'Exécution en Bourse.

---

Avant de faire appel aux méthodes indiquées dans le précédent chapitre pour trouver une base juridique à l'Exécution en Bourse, il est nécessaire de montrer, comme nous l'avons soutenu jusqu'ici, qu'elle n'est régie par aucun texte. L'on pourrait croire, en effet, à la lecture du décret du 7 octobre 1890, déjà cité dans ses dispositions principales, qu'on a légiféré sur le point que nous discutons. On se souvient que l'article 71, paragraphe 2, déclare applicables à la négociation des valeurs réalisées pour défaut de versement des termes appelés, les formalités prescrites par les deux premiers paragraphes de l'article 70 pour la négociation de valeurs par un agent de change commis par justice et que le premier alinéa de l'article 71 déclare aussi d'ailleurs s'appliquer à la négociation des valeurs réalisées en vertu

de l'article 93 du Code de commerce. Mais ces dispositions sont précisément contenues dans un décret qui, par le fait même de ses dispositions spéciales implique qu'il ne s'agit point d'une expropriation ordinaire, et qui, par conséquent innovant, ne se borne pas à commenter une loi, à prévoir à son sujet des détails d'application, et qui n'est pas intervenu sur l'invitation du pouvoir législatif, tout au moins sur le point particulier qui nous occupe (1). Le décret va d'ailleurs à l'encontre (dans le cas qu'il prévoit d'Exécution en Bourse) (2), d'une disposition formelle de nos lois, d'ordre public, d'après laquelle on ne peut dépouiller un citoyen de ses biens sans employer les formalités de garantie prescrites par nos Codes. D'ailleurs la remarque faite par M. Bernard (3), qu'il est inutile de recourir à cet argument, parce que le décret de 1890 n'a pas la portée qu'on est tenté de lui attribuer au sujet de l'article 71, alinéa 3, paraît, en effet, exacte pour

(1) Le décret porte : Décret du 7 octobre 1890, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de l'article 90 du Code de commerce et de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme. Or, l'article 90 du Code comm. dit simplement : Il sera pourvu par des règlements d'administration publique à ce qui est relatif 2° A la négociation et à la transmission de la propriété des effets publics et généralement à l'exécution des dispositions contenues au présent titre. (Code comm., livre I, titre V).

(2) Notre avis est d'ailleurs le même en ce qui concerne le cas de l'agent de change exécutant le client qui fait défaut. L'usage a consacré cette pratique, ce qui n'empêche pas que la question de sa base juridique se pose tout aussi bien que pour notre Exécution en Bourse, et doit, pensons-nous, se résoudre de la même façon.

(3) *Ouv. préc.*, p. 22.

le décret lui-même, en général, dans tous les cas qu'il prévoit. Cet article déclare les formalités précédentes applicables : 2° à la négociation des valeurs réalisées pour défaut de versement des termes appelés, « à moins que les statuts de l'établissement qui exige la réalisation ne contiennent sur ce point des dispositions particulières ». Et M. Bernard de dire : « Ce que ce texte sanctionne (dans sa dernière partie), en effet, ce ne sont pas les clauses tendant à faciliter au créancier l'emprise qu'il veut exercer sur un bien du débiteur, mais bien, cette emprise s'étant effectuée légalement, les stipulations facilitent la réalisation du bien, simplifiant les formes de négociation de la valeur prévues par l'article 70 ». Et l'auteur fait remarquer en note qu'il existe théoriquement deux catégories de clauses, les unes favorisant de la part du créancier la main-mise sur les biens du débiteur, supprimant, par exemple, la nécessité du commandement, les autres facilitant seulement la réalisation du bien, simplifiant par exemple les formalités d'apposition d'affiches. Or, nous pensons que ce décret ne fait autre chose qu'édicter des mesures de simplification de réalisation, étant supposée légale et régulière la main-mise elle-même du créancier sur le débiteur. En d'autres termes, le décret dit : lorsque les biens sur lesquels s'exercera l'emprise du créancier, à la réalisation desquels on voudra aboutir, seront de telle ou telle catégorie, des valeurs, etc., telles formalités simplifiées et expropriées s'emploieront,

mais encore faut-il que la main-mise elle-même, instantanée, peut-on dire, comme on la rencontre dans notre pratique actuelle de l'Exécution en Bourse, soit légalement et juridiquement fondée, or ceci, le décret n'en parle pas, il ne résout nullement la question.

Le ferait-il, déclarerait-il légale l'emprise du créancier, que tout ne serait pas résolu par là. Lorsqu'en effet, sans plus amples détails, la loi s'est bornée à déclarer valable tel ou tel mode de procéder, l'interprète peut, dans la pratique, se trouver embarrassé : selon qu'il donnera au texte qu'il a devant les yeux, telle ou telle base juridique, les conséquences qu'il en faudra déduire varieront et différera aussi la solution des difficultés pratiques à trancher. Les exemples à citer attestant l'exactitude de cette idée ne manquent pas, c'est entre autres l'article 1121, dont le texte très général et imprécis, a fait naître, en ce qui concerne l'acquisition par le tiers bénéficiaire du droit qu'a voulu lui conférer le stipulant, des interprétations nombreuses qui font voir, selon qu'on les adopte les unes ou les autres, l'opération de la stipulation pour autrui si féconde en résultats pratiques, sous des angles plus ou moins larges, lui permettant ou non de produire toutes ses conséquences sociales et économiques; c'est encore l'article 1690 se bornant à déclarer que le cessionnaire d'une créance n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport fait au débiteur, et ne donnant aucune indication juridique de

nature à résoudre toutes les difficultés qui se posent à l'occasion, par exemple, d'un conflit entre plusieurs créanciers saisissant-arrêtant et le cessionnaire de la créance. Plus de douze systèmes ont trouvé des partisans sur cette question. C'est dire l'importance qui s'attache à la découverte de la base juridique d'une institution, lors même qu'un texte en reconnaîtrait la validité.

Pas plus que le décret de 1890, l'article 1144 du Code civil qui traite de l'Exécution des obligations par remplacement et dont nous avons eu déjà l'occasion de parler, ne peut être, pour l'Exécution en Bourse, un fondement juridique suffisant et solide. Que l'article 1144 soit, comme on l'a exposé plus haut, spécialement au point de vue du résultat pratique cherché, à savoir la rapidité d'exécution, quelque chose d'analogue à l'Exécution en Bourse, ceci est vrai ! Mais juridiquement, les deux hypothèses sont éloignées l'une de l'autre. Dans un cas, il s'agit seulement d'un créancier, qui sans porter aucunement atteinte au patrimoine de son débiteur, exécute lui-même le fait, l'engagement promis par celui-ci. Dans l'autre, au contraire, il y a vraiment main-mise sur un bien du débiteur, il y a expropriation et expropriation dépouillée de toutes les formalités protectrices édictées par la loi en semblable éventualité. Et ceci reste vrai, quelles que soient les raisons exposées en faveur de l'application de l'article 1144. On a dit que le siège social ne reprochait pas seulement au porteur du titre de ne

pas payer telle somme d'argent, mais qu'il lui reprochait aussi de ne pas remplir son rôle d'actionnaire, de dédaigner son titre en ne répondant pas à l'appel de fonds libératoire, de telle sorte que la société se trouve dans l'obligation de faire « un remplacement », de mettre un nouvel actionnaire à la place du précédent, plus capable de la seconder dans son entreprise.

## SECTION I

### SYSTÈME BASÉ SUR LA FORCE LÉGALE DE L'USAGE

L'Exécution en Bourse reste donc sans appui dans les textes (1). Pouvons-nous, en conséquence, recourir à l'argument de l'usage et de la coutume ? (2). Je n'hésiterais pas à répondre affirmativement, alors même que l'on aurait à statuer sur des cas où l'Exécution en Bourse n'aurait pas été expressément sti-

(1) Il faut cependant remarquer que depuis longtemps, la jurisprudence, adoptant telle ou telle théorie juridique, déclare licite le procédé de l'Exécution en Bourse : Cass., 10 mai 1857 et 18 mai 1859, S., 59, 1, 924. — 11 février 1872, S., 72, 1, 321. — Paris, 15 avril 1885, D. P., 86, 2, 89. — Paris, 26 novembre 1887; *Journal des Sociétés*, 1888, p. 187. — S., 89, 2, 210. — Cass., 31 octobre 1887 et 4 décembre 1888; *Journal des Sociétés*, 1888, p. 184 et 1889, p. 14. — S., 90, 1, 524. — Cass. civ., 8 décembre 1891; *Journal des Sociétés*, 1892, p. 111. — Houpin, *Traité des Soc. civ. et comm.*, n° 300.

(2) Puisqu'on a constaté qu'on doit et qu'on peut l'admettre comme source de droit à notre époque.

pulée, si l'opération discutée n'apparaissait pas comme une simplication des poursuites exercées par un créancier contre son débiteur. Maintes fois déjà, on a constaté que les formalités édictées par la loi en ces matières, le titre exécutoire et le commandement par exemple, pour garantir la liberté des citoyens, étaient d'ordre public. Or, à l'encontre de semblables garanties, l'usage et la coutume ne peuvent rien. Leur rôle ne commence que là où ils ne violent point les principes fondamentaux et inébranlables de notre législation. On ne devra donc discuter leur intervention ici, que lorsqu'on aura établi que l'Exécution en Bourse n'est point une expropriation simplifiée et si ce n'est point cela, c'est quelque chose d'autre qui, à lui seul, pourra peut-être avoir une valeur juridique, justificative propre.

L'usage pourrait-il d'ailleurs devenir en droit la base de l'Exécution en Bourse, que subsisterait encore une difficulté de grosse importance : on sait que des raisons pratiques exigent impérieusement qu'un droit de préférence soit reconnu à la société ou à l'établissement, créanciers d'appels de fonds alors que d'autres créanciers concourent avec eux sur le prix du titre vendu, et on a constaté que c'était là pour la société un véritable privilège ; or un grand principe domine notre législation des sûretés réelles, à savoir qu'il n'y a pas de privilège sans texte. Or le privilège en question, on l'a démontré, ne peut être celui du vendeur d'effets mobiliers,

et nulle part la loi n'en a consacré un spécial au profit de la société ou de l'établissement créancier de l'appel de fonds. Ce n'est donc pas l'usage, qui dans l'espèce irait à l'encontre des prescriptions formelles, de l'esprit de la loi, qui pourrait juridiquement justifier ce que la pratique a créé. Ce n'est pas à dire pour cela qu'une fois l'opération de l'Exécution en Bourse elle-même validée juridiquement dans son principe, l'usage ne doive être d'aucun secours pour l'interprète et pour la jurisprudence, loin de là, il se pourra très bien qu'il intervienne dans des petits détails, chaque fois d'ailleurs qu'il ne se heurtera point à des principes légaux.

## SECTION II

### SYSTÈME BASÉ SUR LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ, ART. 1134, C. CIV.

On est ainsi obligé de se reporter, l'usage n'étant pour l'instant d'aucune utilité, à la seconde des méthodes signalées au chapitre I[er], celle qui consiste à rechercher si l'opération en face de laquelle on se trouve ne peut être juridiquement rattachée à des textes existants. N'y a-t-il pas d'abord, dans le Code civil, des dispositions d'ordre général desquelles on pourrait induire la validation de l'Exécution en Bourse ? Et cette question fait de suite songer à l'article 1134, qui contient l'expression du grand

principe de l'autonomie de la volonté : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Or, il s'agit bien dans l'espèce d'une convention, puisque le souscripteur d'une action connaît ou est censé connaître les statuts de la société à laquelle il a adhéré. Cet article n'est malheureusement d'aucun secours, et ce pour les raisons sus-énoncées. Si, en effet, le principe de l'autonomie de la volonté peut trouver son application, c'est seulement lorsqu'il ne va pas à l'encontre de ce qu'exige la loi actuelle, contenant une disposition dite « d'ordre public ». L'article 1134 ne dit-il pas, d'ailleurs : Les conventions *légalement* formées, etc... Or, une convention dans laquelle on stipule, on se met d'accord sur une dérogation expresse aux exigences d'une loi d'ordre public ne peut être à la vérité taxée de convention légalement formée. La théorie a cependant été soutenue par des auteurs considérables, tels que Paul Pont (1). Il s'agit, dit-il, pour la société « uniquement d'appliquer une clause de déchéance qui, inscrite dans les statuts, avertit les associés que, faute par eux de satisfaire à leur obligation, ils seront expropriés de leurs titres et déchus de leur droit. Or, à moins de contester la légitimité d'une telle clause, à moins de dire qu'elle tombe sous la prohibition dont le pacte commissoire

(1) Paul Pont, conseiller à la Cour de cassation : *Explication théorique et pratique du Code civil.* Commentaire des Sociétés civiles et commerciales, t. II, nos 949 et 950, p. 109 et 110.

est l'objet, ce qui ne saurait jamais venir à la pensée de personne, il faut bien reconnaître qu'elle est, par elle-même, une mise en demeure suffisante ; que les associés, dûment avertis, n'ont pas à attendre d'autre interpellation que celle qui leur est faite incessamment par les statuts, et que la vente des titres en retard, pourvu qu'elle soit accompagnée des formalités de publicité spécialement prévues, est parfaitement régulière et absolument inattaquable ». Il existe aussi des décisions judiciaires qui ont donné pour base juridique à l'Exécution en Bourse le principe de l'autonomie de la volonté : c'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris (1) du 15 avril 1885, dont nous avons eu déjà l'occasion de parler, après avoir, dans tous ses considérants, interprété l'Exécution en Bourse comme une expropriation simplifiée, porte *in fine :* « Considérant que ces stipulations sont claires, précises et licites ; qu'elles sont connues des parties ; qu'elles sont connues des tiers par la publication des actes de la société... ».

Il convient de remarquer cependant que s'il avait été prouvé qu'il s'agisse là d'une convention légalement formée, la base juridique ainsi donnée eût été satisfaisante même pour le cas qui ne se présente pas encore actuellement, où les statuts de la société n'auraient pas formellement prévu l'Exécution en Bourse, en effet, interviendrait alors l'article 1160 du Code civil aux termes duquel « on doit suppléer

(1) D., 86, 2, 89.

dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». Du reste, en l'absence même de cet article, notre théorie sur la valeur juridique de l'usage, en matière de création du droit, suffirait. Je fais cette remarque dès maintenant parce qu'elle peut être juste et importante pour la pratique de l'avenir, quelle que soit la théorie qu'on admette sur la base juridique de l'Exécution en Bourse.

La théorie, venons-nous de dire, serait satisfaisante en tant que base juridique. Elle serait très loin de l'être dans les détails d'application pratique. Admettons qu'il s'agit d'une convention légalement formée, destinée à simplifier une mesure d'expropriation. Un appel de fonds s'est produit, auquel il n'a pas été répondu. La société va poursuivre le recouvrement de ce solde, elle exécutera le titre, puis elle exercera, si elle le peut, une action personnelle contre son actionnaire. Or, si l'on admet, comme le soutenaient les appelants dans le procès qui s'est élevé en 1885, devant la Cour de Paris, au sujet de la société « l'Epargne populaire », que l'expropriation réalisée par l'Exécution en Bourse, est une véritable cession, on arrive à décider que le siège social aura les mêmes garanties que s'il s'agissait d'une négociation amiable, c'est-à-dire qu'il pourra poursuivre non seulement l'actionnaire autrefois exproprié, mais aussi et solidairement celui qui a acheté le titre sur expropriation. On voit à quelle désastreuse conséquence on aboutit, qui n'était cer-

tainement pas l'intention des parties. Il est vrai qu'elle n'existerait pas, si comme certains auteurs du côté desquels nous nous rangeons, on refusait de considérer cette expropriation comme une cession de dette, comme une succession, un transport de dettes, le titre étant tel entre les mains du second acquéreur qu'il était dans celles du précédent titulaire, grevé des mêmes dettes (1), et si l'on décidait au contraire que les différentes dettes nées envers la société, du chef de transports successifs, ce transfert fût-il forcé, imposé, sont des dettes nouvelles, personnelles et non réelles, si l'on peut ainsi parler, ayant leurs caractères propres. En d'autres termes, il s'agirait d'une délégation passive, la dette antérieure à la délégation ne serait pas éteinte, elle subsisterait avec les sûretés et les exceptions qui l'accompagnaient. Mais cette opinion ne va pas sans soulever des objections sérieuses : tout d'abord ce n'est pas le débiteur qui délègue à sa dette le nouveau titulaire du titre, c'est la société créancière qui le fait — et puis, précisément, cette intervention du créancier ne risquerait-elle pas d'être interprétée comme voulant implicitement décharger le délégant, car on sait que

(1) Ce ne serait pas ici ce transport de dettes, cette opération qui n'est pas encore universellement admise en droit français, dans laquelle la personne du créancier et du débiteur devient indifférente, dans laquelle ceux-ci ne sont, comme l'a dit M. E. Gaudemet dans son Etude sur le transport de dettes à titre particulier, que les représentants juridiques de leurs biens, et dans laquelle : « C'est un patrimoine qui doit à un patrimoine », ni plus ni moins. Voir aussi Saleilles, *Annales de droit commercial*, 1890 et 1895.

la délégation passive se présente sous deux aspects bien différents : ou bien, au moment de la délégation, le créancier a accepté l'engagement du nouveau débiteur et déclaré décharger le délégant, ou bien, au contraire, il n'a pas déchargé le débiteur primitif.

Supposons encore, et c'est un autre détail d'application pratique de la théorie, qui montre ses inconvénients, que le siège social, après avoir fait le nécessaire pour l'expropriation prochaine, l'ajourne pour une raison quelconque, et qu'entre temps, subitement, les cours viennent à se relever, puis que l'exécution a enfin lieu. La société qui, à la liquidation forcée, croyait perdre, va gagner, hypothèse évidemment rare mais réalisable. Une chose est certaine avec la théorie de l'expropriation, c'est que l'actionnaire déchu pourrait réclamer et aurait droit, la société expropriante une fois payée de son dû, à l'excédent resté disponible. C'est là un principe intangible en matière de saisie. Or, comment concilier ce résultat avec la clause que l'on trouve dans les statuts de presque toutes les sociétés, aux termes de laquelle celles-ci se réservent le droit de conserver pour elles l'excédent du prix de vente du titre sur la somme appelée que l'ancien titulaire refusait de payer. C'est là une clause qui pourrait être taxée de contraire à l'ordre public!

Malgré l'insuffisance de cette théorie, il était utile de l'exposer, on s'est rendu compte que la clause d'Exécution en Bourse introduite dans les statuts

était une convention. Ce n'est pas une clause destinée à simplifier des mesures d'exécution, les formalités ordinaires des poursuites; qu'est-ce donc alors? voilà ce que d'autres théories révèleront peut-être.

## SECTION III

### THÉORIE DU GAGE COMMERCIAL

On a prétendu se trouver en présence d'une hypothèse de réalisation du gage commercial prévu et réglementé par l'article 91 du Code de commerce. La clause d'Exécution en Bourse serait une convention passée entre la société et le souscripteur, le titulaire, aux termes de laquelle ce dernier constituerait en gage, au profit de la première, le titre représentant son droit, en garantie des sommes dont il est encore redevable vis-à-vis de la société pour libérer complètement son action ou son obligation. Et cette constitution de gage, ce serait la clause même d'Exécution en Bourse, rencontrée dans les statuts des sociétés, qui la prouverait. On sait, en effet, que l'article 91 du Code de commerce, dans sa rédaction définitive arrêtée par la loi du 23 mai 1863, décide que le gage commercial se constate à l'égard des tiers comme des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce, c'est-à-dire même par actes sous seing privé,

par correspondance ou par témoins. Or, dans l'espèce, la clause d'Exécution en Bourse est suffisante. Disons dès maintenant que ce système, qui trouve encore des partisans dans la doctrine, est généralement repoussé par la jurisprudence, avec raison d'ailleurs. Nous allons voir successivement les obstacles juridiques, puis les obstacles de fait qui s'opposent à l'admission d'une semblable théorie.

### § Ier. — *Obstacles juridiques qui s'opposent à l'admission de cette théorie.*

1° A la simple lecture des articles 91 et 93 du Code de commerce, on s'aperçoit que les formalités prescrites soit pour la constitution, soit pour la réalisation du gage commercial, ne sont point observées dans notre hypothèse. Pour la constitution : un transfert à titre de garantie sur les registres de la société est formellement exigé par l'article 91, 3e alinéa, lorsqu'il s'agit du moins du gage de titres nominatifs, et qui, à notre avis, ne peut être remplacé, sans violer la loi, par rien : la clause même d'Exécution en Bourse, quoi qu'on en ait dit, ne suffit point ; elle émane, c'est vrai, de la société, mais qui dit qu'elle entendait par là qu'il s'agissait implicitement (1) d'une constitution de

(1) On verra, au contraire, que telle n'était très probablement pas sa volonté; et c'est principalement pour cette raison que M. Paul Pont *(Traité des Sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 950), s'élève formellement contre la théorie que nous développons.

gage et qu'elle voulait renoncer à la formalité de l'article 91, ce que d'ailleurs on ne peut pas faire, cet article étant formel ? Pour les titres au porteur, aucune formalité spéciale n'est requise pour la constitution du gage ; mais, pour eux comme pour les titres nominatifs, il est une condition essentielle d'existence du gage, impliquée par la nature même de gage en droit civil comme en droit commercial, c'est celle de la dépossession du débiteur. Et la preuve que cette condition doit toujours se rencontrer, c'est qu'il a fallu des lois spéciales telles que celle du 11 juillet 1851 en faveur des banques coloniales et celle du 1er mars 1898 sur le nantissement des fonds de commerce pour autoriser dans des cas exceptionnels le gage « sans déplacement ». Or, dans notre hypothèse, le débiteur est si peu dépossédé qu'il conserve son titre en mains et que la société qui l'exclut doit confectionner un nouveau titre, portant la mention « complètement libéré », pour le remettre au nouveau titulaire. Je sais bien qu'à cette argumentation, on oppose qu'au contraire la société a bien retenu la possession, puisqu'elle s'est réservée dans la clause d'exécution le droit d'annuler le titre provisoire qui avait été remis à l'actionnaire et de vendre les droits attachés à ce titre en les reportant sur un nouveau titulaire. C'est donc, dit-on, que la société, bien que n'ayant pas gardé en mains le papier, est restée en possession de tous les droits qui y étaient attachés, puisqu'elle en peut disposer.

Il y aurait là, au point de vue juridique, quelque

chose d'analogue à la tradition par constitut possessoire du droit romain et de notre ancien droit. Il serait convenu que le souscripteur serait désormais, et provisoirement, possesseur du titre pour le compte de la société, qui reste titulaire des droits attachés à la possession du titre. Il y a un déplacement matériel du titre, sans déplacement de la possession juridique (1). Mais tout ceci paraît bien compliqué pour la volonté des parties, qui est certainement beaucoup plus simple. On est allé plus loin, cependant, et on est en somme arrivé à soutenir que la dépossession n'était pas une condition indispensable. Quel est, en effet, a-t-on dit, le but de cette dépossession ? C'est de rendre publique, aux yeux de tous, la constitution du gage, de telle sorte qu'il soit constant que le titulaire ne peut user de son titre comme bon lui semble ; or, la publication des statuts dans lesquels est insérée la clause d'Exécution en Bourse réalise ce desideratum. La dépossession est donc inutile, d'autant plus qu'à la vue du titre seul, chacun peut constater qu'il n'est pas complètement libéré. — Pour la réalisation : Aux termes de l'article 93 du Code de commerce, qui traite du gage commercial, le créancier peut, à défaut de paiement à l'échéance, huit jours après une simple signification

(1) Des auteurs considérables, tels que M. Pont, *Commentaire des Sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 950, et Thaller, note D sous 1886, 2, 89, déclarent nettement que « la dépossession du titre, condition fondamentale du nantissement, fait défaut ».

faite au débiteur, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. Or, ceci ne se fait pas dans la pratique de l'Exécution en Bourse : on a vu que, comme le disent d'ailleurs presque toujours les statuts, les titulaires des titres sont mis en demeure de payer et, avertis de l'Exécution prochaine en Bourse par un avis collectif inséré à une ou plusieurs reprises dans certains journaux financiers. Il n'y a d'ailleurs pas à ce sujet de règle absolue, mais l'usage le plus généralement suivi est tel qu'on vient de l'indiquer. La loi n'est donc pas respectée. L'article 93, dernier alinéa, a d'ailleurs bien soin d'indiquer l'illégalité de semblables procédés : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus prescrites, est nulle ». C'est la reproduction de la prohibition des pactes commissoires édictée, pour le gage civil, par l'article 2078, alinéa 2, du Code civil. On a objecté, il est vrai, que l'entorse ainsi faite à la loi par la pratique de l'Exécution en Bourse ne renversait pas la base de la théorie, à savoir la constitution d'un gage ; qu'en effet, pour sa validité, on n'avait qu'à exiger que la signification soit faite au titulaire du titre par exploit d'huissier, ce qui est possible pour les actions non libérées des sociétés constituées depuis 1893, qui doivent rester nominatives jusqu'à la libération complète, mais qui ne l'est plus pour les actions des sociétés régies encore actuellement par la loi de 1867 et qui ne l'est pas non plus pour les obligations dont les fonds sont

appelés, et qui peuvent être au porteur. Comment concevoir, dans ces deux derniers cas, la possibilité d'une signification individuelle par huissier ? Il est d'ailleurs à remarquer, et c'est un détail que fait ressortir M. Bernard (1), que ce système d'avertissement individuel des possesseurs de titres deviendrait, pour les établissements qui exécutent, une charge très considérable. A quoi on répond, ce qui est très problématique, que cet accroissement de frais se trouverait compensé par une rentrée plus importante des fonds appelés, amenée par l'énergie de la mesure prise.

2° Dans tous les développements qui viennent d'être donnés, on suppose qu'il s'agit d'un gage commercial, que ce qui constitue implicitement la clause d'Exécution en Bourse, c'est un gage commercial. Or, ceci est-il toujours très exact? Nous ne le croyons pas, car enfin, comme l'a fort bien dit M. Thaller (2), c'est la condition juridique de la dette garantie, prise du côté du principal obligé, qui détermine par voie de conséquence la nature du gage. Si le débiteur s'est engagé en vue de son commerce ou d'une opération commerciale, et dans ce cas seulement, le gage fourni soit par lui-même, soit par un autre, prend aussi le caractère commercial. Il faut donc rechercher la nature de l'acte au

(1) Bernard, *Ouv. préc.*, p. 27, note 1.

(2) Thaller, *Ouv. préc.*, n° 106. — Voir aussi Lyon-Caën et Renault, t. III, 3e édit., nos 259 et suiv.

point de vue de l'emprunteur, la qualité du prêteur est indifférente, peu importe qu'il ait fait commerce de son côté. Peu importe également que l'objet sur lequel porte le gage soit ou non commercial, il ne faudrait pas croire, en effet, que les marchandises seules puissent faire l'objet d'un gage commercial (1). Le caractère commercial ne provient pas non plus nécessairement du but de commerce poursuivi par le constituant du gage : celui-ci peut être, en effet, un non commerçant qui vient remettre au gagiste une valeur en garantie de la dette d'autrui, et le gage pourra cependant être commercial, c'est donc uniquement le caractère juridique de la dette de l'emprunteur qu'il faut considérer. Quelle est donc, dans notre hypothèse, la nature de la dette contractée par l'obligataire et l'actionnaire qui jouent le rôle d'obligés vis-à-vis de la société? En ce qui concerne l'obligataire, aucune difficulté ne surgit, jamais on ne s'est avisé de soutenir la commercialité de son acte. Pour l'actionnaire, au contraire, plusieurs auteurs ont admis et la Cour de Cassation s'est rangée de leur côté, que le fait de souscrire des actions était un acte de commerce. Nous pensons, nous, que c'est un acte civil, parce qu'il n'y a aucun texte qui le commercialise.

(1) Il est d'ailleurs à remarquer qu'au moment de la discussion de la loi de 1863, un amendement avait été proposé et repoussé, qui tendait à déclarer commercial tout gage constitué en fonds publics français ou en valeurs de compagnies d'industrie et de commerce.

L'article 632 du Code de commerce ne fait aucune allusion à cet agissement ; on pourrait, il est vrai, assimiler la souscription à l'achat d'actions et la commercialiser ainsi, mais l'achat d'actions, n'est précisément lui aussi, aux termes de l'article 632 du Code de commerce, affecté de commercialité que quand il y a eu achat avec l'intention de revendre ; or, la plupart du temps, il n'en est pas ainsi : cependant on en trouverait un exemple souvent cité dans le fait du banquier ou de la compagnie de spéculation qui souscrit un grand nombre d'actions ou d'obligations, ce qui ne veut pas dire qu'il en sera de même pour le capitaliste qui, plus tard, achètera au banquier l'action ou obligation, et qui ne fait pas acte de commerce. C'est toujours l'application du principe ci-dessus indiqué, qui veut que l'on s'attache, pour déterminer le caractère civil ou commercial du gage, à la nature juridique de la dette de l'obligé seule. C'est ainsi encore que si, le souscripteur primitif étant le capitaliste, le banquier spéculateur lui rachetait ses titres, il y aurait là un acte de commerce. De tout ceci, concluons que le gage, constitué par la clause de l'Exécution en Bourse, selon la théorie que nous développons, sera la plupart du temps civil et alors la base de l'argumentation fait défaut, puisqu'il devient nécessaire d'employer ces formes très compliquées et très différentes de constitution et de réalisation, prescrites par les articles 2073 et suivants du Code civil.

3° Mais l'obstacle juridique qui a ruiné le plus

cette argumentation, c'est peut-être celui qui touche à la méthode employée par ses théoriciens. N'avons-nous pas, en effet, arrêté comme un principe inébranlable d'interprétation du droit, que la justification d'une institution existant dans la pratique, ne se pouvait faire par un rattachement à des textes en vigueur, que lorsque le lien était naturel et solide, lorsqu'il se faisait sans construction juridique, artificielle ou subtile? Or, comment ne pas convenir qu'en l'espèce, c'est aller chercher bien loin que de prétendre que le souscripteur d'une action ou obligation non libérée entièrement, qui connaît l'existence dans les statuts de la clause d'Exécution en Bourse, a entendu constituer son titre en gage au profit de l'établissement émetteur. Comment admettre que telle est l'intention des parties la plupart du temps ignorantes du droit, d'avoir prévu et voulu toutes les conséquences juridiques résultant de la théorie du gage, incomplètes, insuffisantes, comme nous allons le voir en examinant les obstacles de fait qui s'opposent à l'admission de ce système. La volonté des parties n'est pas, croyons-nous, si compliquée que la fait la théorie du gage, il est inutile de la surpasser; tel n'est pas d'ailleurs l'esprit dans lequel sont dictées, par le législateur, les règles d'interprétation des conventions à l'usage des juges (art. 1156 à 1165 du Code civil); elle n'est pas non plus dans ses résultats cherchés si imparfaite qu'elle l'est avec le raisonnement poussé à

fond de l'Exécution en Bourse, contenant constitution de gage.

### § II. — *Obstacles de fait.*

Et c'est là l'obstacle de fait qui ferait repousser à lui seul toute la théorie, qui constitue bien, si l'on veut, un obstacle juridique, mais qui a surtout le premier caractère parce qu'il viole pleinement l'intention des parties, qu'il n'aboutit pas à faire produire à leur convention les résultats non pas aperçus dans tous leurs détails juridiques, mais cherchés dans leur matérialité et dans leurs principaux effets pratiques. Ceci va nous apparaître en examinant quelques-unes des situations qui vont se produire avec la théorie du gage.

1° Le but principal des parties a été d'arriver le plus rapidement possible, et avec le moins de frais possible, à la vente du titre exécuté. Or, si l'on admet avec les partisans de la théorie du gage qu'une signification individuelle par huissier devrait toujours être faite au possesseur du titre pour l'avertir de la mesure qui le menace, et à admettre que cette mise en demeure soit possible, une grande lenteur sera la caractéristique de ce mode de procéder, surtout s'il devait s'étendre à de nombreux actionnaires, de plus une augmentation énorme de frais s'en suivrait;

2° La volonté des parties serait heurtée également dans une seconde conséquence entraînée par la théo-

rie combattue. On sait déjà que la clause d'Exécution contenue dans les statuts est rédigée de telle façon que la société se réserve le droit de conserver les versements déjà effectués ainsi que l'excédent des prix de vente sur le montant de l'appel de fonds auquel le titulaire du titre est resté sourd, ceci pour assurer le fonctionnement normal de l'établissement émetteur en lui garantissant le plus possible la rentrée des capitaux réclamés et promis, et la réparation du préjudice subi par suite d'un retard dans cette rentrée. Or, comment concilier avec la théorie du gage, ces solutions? En matière de gage, il est rare que le gage et la créance aient exactement la même valeur. Il y a lieu dans ce cas à règlement : Si le gage vaut plus que la créance, le créancier devra payer la différence au débiteur au moyen d'une soulte, il se trouve ainsi débiteur de son ancien débiteur auquel il est censé avoir acheté la chose qui lui servait de gage. Dans aucun cas donc, le créancier ne peut conserver le gage du débiteur pour une valeur plus élevée que le montant de sa créance. L'article 2078 le dit : le créancier peut «..... faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence d'après une estimation faite par experts....». Et l'on peut dire que dans la clause sus-énoncée il y a un véritable pacte commissoire (1), en effet, si la société peut conserver

(1) Le pacte commissoire est une clause qui autorise le créancier à conserver le gage en règlement de la dette et lui en attribue d'a-

tout ce qu'elle a obtenu de par la vente du titre, c'est qu'elle était propriétaire de ce titre, que le non-paiement de l'actionnaire lui avait attribué la propriété du gage (par avance dans les statuts). Or, ces pactes sont interdits, article 2078 du Code civil, et cette disposition, maintenue par la loi du 23 mai 1863, s'étend même au gage commercial ;

3° Une troisième situation se rencontre encore, dans laquelle, bien que paraissant tout d'abord être un excellent instrument juridique, la théorie du gage ne satisfait pas la volonté des parties. Il s'agit du cas où la faillite d'un ou plusieurs actionnaires d'une société se produit avant la libération des actions : un appel de fonds est exercé très peu de temps avant la déclaration ou même les opérations de la faillite. Il semble qu'aucune difficulté ne s'élève : la société est créancière gagiste, elle est hors de la faillite, elle exerce son droit de gage au moyen de l'Exécution en Bourse et elle n'aura sur le prix de la vente à craindre aucune contribution ; supposons que l'actionnaire tombé en faillite avait reçu d'un tiers auquel il avait emprunté, une avance sur titre, autrement dit qu'il avait donné son titre en gage à un tiers prêteur. Pourquoi celui-ci ne se croirait-il pas en pleine sécurité, n'ayant à redouter aucune collocation, il peut parfaitement se croire créancier gagiste premier nanti, puisque le débiteur s'est

vance la propriété pour le cas de non paiement. (Planiol, *Dr. civil*, t. II, n° 2456, p. 726).

dépossédé en sa faveur et non en faveur de la société. On a soutenu, il est vrai, nous l'avons vu, qu'il y avait eu rétention de la possession par la société, mais ceci est juridiquement contestable et très subtil pour des gens qui ignorent les détours du droit.

N'était ce défaut de respect de la volonté des parties, il est évident, et c'est la remarque par laquelle nous terminons cet exposé de la théorie du gage, que, sur cette question du concours de la société avec d'autres créanciers, en cas de faillite de l'actionnaire qui ne répond pas à l'appel de fonds, les partisans du système arrivent très naturellement et très juridiquement (voir articles 546 à 548 du Code de commerce) à donner à la société, considérée comme créancière gagiste, la possibilité de se payer sans redouter la concurrence des autres créanciers. Elle a en sa propre possession le bien mobilier affecté à son paiement : si, par conséquent, le syndic ne juge pas utile de retirer le gage en payant entièrement le créancier qui en est détenteur, celui-ci peut ou bien le vendre, ou bien le garder, s'abstenir de le réaliser. S'il le vend et que le prix reste inférieur à la créance, il viendra à contribution pour l'excédent dans la masse, comme créancier ordinaire.

Il est donc inadmissible de baser sur la théorie du gage la justification juridique de l'Exécution en Bourse, tant parce que les éléments juridiques essentiels du gage font défaut, que parce qu'on ne se trouve pas avec cette construction artificielle en conformité avec la volonté des parties. Et ce dernier

point apparaît très clairement lorsqu'on examine l'Exécution en Bourse stipulée dans les valeurs à lots, payables par petites mensualités, par une clause dont nous avons eu déjà l'occasion de parler, et d'ordinaire ainsi libellée dans la pratique : « Faute du paiement d'une mensualité, le marché sera résilié, le titre revendu à la Bourse aux risques et périls de l'acheteur, qui devra supporter la différence ». On voit qu'ici la volonté des contractants s'est exprimée très nettement et bien que peu exactement au point de vue juridique, loin de parler de gage, on prononce le mot de résiliation.

Or, n'est-ce pas là précisément la clé du problème que nous avons posé? La clause d'Exécution en Bourse n'est-elle pas tout simplement la résolution d'un contrat pour cause d'inexécution des obligations, et n'est-ce pas à l'article 1184 du Code civil, qu'il faut rattacher juridiquement l'institution, aux termes duquel toute personne peut se dégager du contrat qu'elle a passé avec une autre, si celle-ci n'exécute pas ses obligations.

## SECTION IV

## THÉORIE DE LA RÉSOLUTION

Car enfin, prenons les faits, plaçons-nous en face du but voulu par les parties : n'ont-elles pas entendu, et la société spécialement qui, nous l'avons expliqué assez

longuement au cours de ce travail, est dans la nécessité de pouvoir compter rapidement, à un moment venu, sur la rentrée de ses fonds, donner au contrat, selon l'expression de M. Planiol (1), « un consentement conditionnel retiré d'avance en vue d'une éventualité déterminée », n'ont-elles pas entendu que l'exécution de l'obligation de l'une, soit la cause de l'exécution de l'obligation de l'autre, ne rester l'une et l'autre obligées qu'à la condition que toutes deux soient fidèles à leurs engagements. Et la clause d'Exécution en Bourse n'est-elle pas l'expression même de ce consentement conditionnel traduit dans ses résultats pratiques, ne signifie-t-elle pas ceci : moi, société, je ne m'engage à vous faire jouir, vous, actionnaire, du bénéfice des avantages de votre titre, que parce que vous vous engagez à me verser telles sommes en contre-valeur. Si vous manquez à cette promesse, il est entendu que notre contrat sera défait, tombera comme s'il n'avait jamais été signé. Le titre est toujours immédiatement vendu en Bourse, c'est vrai, mais pratiquement ceci s'explique à merveille : la souscription est résolue, le souscripteur ou son ayant-cause est déchu de son droit dans la société. Mais le pacte social, qui fait loi dans la société, a fixé un nombre d'actionnaires déterminé, irréductible, qui ne peut être changé sans une modification régulière des statuts, et c'est pour cela que la société ne peut pas racheter ses actions,

(1) Planiol, *Dr. civil*, t. II, n° 1358, p. 414.

et qu'elle est dans l'obligation, une fois la résolution de la souscription accomplie, de chercher à l'actionnaire déchu et exclu un remplaçant, autrement dit, de mettre le titre en vente. Ainsi donnée, cette explication de la résolution d'un contrat pour inexécution des obligations de l'une des parties, est l'interprétation naturelle de la volonté de ces dernières, je dis naturelle, parce qu'elle se présente à l'esprit sous un aspect très simple, très clair, et qu'elle n'exige point, comme la théorie du gage, d'avoir recours à des hypothèses et à des constructions juridiques plus ou moins artificielles. Prend-on d'ailleurs la théorie de la résolution telle qu'elle se trouve exposée dans le Code civil, qu'il est facile de prouver que tous ses éléments juridiques essentiels d'application se rencontrent dans notre hypothèse. C'est ce que nous allons faire maintenant, après quoi, comme nous l'avons fait en étudiant la théorie du gage, nous rechercherons les conséquences de notre résolution.

§ I^er^. — *Comment les éléments juridiques de la résolution se rencontrent dans notre hypothèse.*

1° Il est certain tout d'abord que le contrat de souscription d'actions est un de ces contrats résolubles pour inexécution, aux termes de l'article 1184 du Code civ. (1). Qu'on le considère, en effet, ce qui

(1) Voir Bonnichon : Des effets de la faillite et de la liquidation

serait notre avis, comme un véritable contrat synallagmatique ou seulement comme un contrat unilatéral à titre onéreux, notre proposition reste vraie : la généralité des auteurs admettent, en effet, qu'il faut étendre l'article 1184 aux contrats unilatéraux à titre onéreux. Ses motifs se retrouvent identiques dans ces contrats pour lesquels d'ailleurs le silence de la loi s'explique par des raisons historiques que nous n'avons pas à reproduire ici (1). Le Code civil lui-même fait application de ces principes à la rente constituée, article 1952, et à la donation quand le donataire n'exécute pas les charges.

2° D'un autre côté, on trouve bien, dans la clause d'Exécution en Bourse, la clause expresse de résolution du contrat au cas d'inexécution, par l'actionnaire, de son obligation dans un délai convenu, nécessaire pour que l'intervention du juge ne soit pas requise. Les parties ont entendu faire de ce défaut d'exécution une condition résolutoire ordinaire, permettant de rompre automatiquement le contrat sans que le juge ait à jouer aucun rôle, comme cela serait en dehors de toute clause spéciale, et sans qu'il ait la possibilité de retarder ou d'empêcher

judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus. Thèse pour le Doctorat, Paris, 1900, p. 12, note 1. Cet auteur fait d'ailleurs remarquer avec raison, à notre avis, que la division des contrats en contrats unilatéraux et synallagmatiques n'est pas très rationnelle, parce que l'opération a toujours commencé par être synallagmatique pour se résoudre ensuite en contrat unilatéral.

(1) Pothier, *Obligations*, n° 672. — Valette, *Obligations*, n° 636.

la résolution par l'octroi d'un délai au débiteur. Sans prononcer ce mot de résolution de plein droit, il est évident qu'en pratique, lorsqu'on rédige une clause d'Exécution en Bourse, on veut et on prévoit comme possible, à un certain moment, la destruction rétroactive du contrat : les parties ne donnent à leur convention qu'un consentement conditionnel, retiré d'avance en vue de l'éventualité d'un non-paiement de la part de l'actionnaire, lors de l'appel des fonds promis : elles disent que l'actionnaire sera déchu de tous ses droits et que le titre sera revendu; qu'est-ce cela, sinon stipuler *expressément* l'anéantissement du contrat, à certaines conditions? Nous n'avons pas à parler de la question de la mise en demeure : en matière de résolution, les auteurs discutent pour savoir si, lorsque, comme dans notre hypothèse, une clause expresse a stipulé la résolution de plein droit, le créancier doit cependant mettre en demeure son débiteur, c'est-à-dire lui adresser une sommation ou un commandement. Ces controverses n'ont pas une grande importance; presque toujours, en effet, la clause d'exécution précise qu'il ne sera procédé à la vente du titre qu'après sommation individuelle ou collective par journaux financiers, suivie d'un certain délai écoulé sans que les titulaires des titres répondent à l'appel qui leur est fait. En tous cas, des personnalités considérables et la Cour de cassation dans

un arrêt du 29 novembre 1886 (1), ont jugé que cette sommation n'était pas nécessaire (2).

On pourrait ici encore faire une autre objection, dire que l'inexécution dans notre cas n'est pas toujours totale; qu'elle n'est souvent que partielle : il se peut, en effet, que l'actionnaire ayant répondu à un premier appel de fonds, reste silencieux à un second appel. La clause d'exécution, telle qu'elle est rédigée dans l'usage, s'appliquera toujours; mais peut-elle alors toujours être interprétée juridiquement comme une résolution? Si non, la théorie que nous soutenons et qui considère dans tous les cas l'Exécution en Bourse comme une résolution, serait en défaut. Mais nous répondrons sans hésitation que oui. Sans doute, si l'on refusait de considérer la clause d'exécution comme la stipulation d'une résolution de plein droit sans intervention de la justice; si l'on n'y voulait voir que l'expression par les parties de la possibilité d'une action en résolution ordinaire, alors notre théorie serait compromise, parce que le but même de l'institution que nous cherchons à justifier juridiquement serait susceptible d'être compromis dans certains cas. Dans une action en résolution ordinaire, en effet, le juge conserve un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si la prestation partielle

(1) D., 1887, 1, 388. — S., 87, 1, 63.

(2) Voir, en sens contraire, Aubry et Rau, *Dr. civ.*, § 302, p. 4, texte et note 85. — Colmet de Santerre, t. V, n° 105 *bis*, § 2. — Demolombe, t. XXV, n° 554.

déjà exécutée a présenté pour le créancier suffisamment d'utilité pour que la résolution du contrat ne doive pas être prononcée (1). Ceci est très clair. Prenons un exemple : Primus s'est engagé, vis-à-vis de Secundus, à lui bâtir une maison moyennant un prix de..., et l'on a stipulé que le contrat serait résolu en cas d'inexécution des obligations. Au bout d'un certain temps, Primus livre la maison sans portes ni fenêtres. Secundus intente une action en résolution, mais le juge pourra apprécier que l'obligation de Primus a été exécutée dans son principal, que seul l'accessoire n'est point réalisé, refuser de prononcer la résolution et condamner seulement Primus à payer à Secundus une indemnité pour la partie de l'obligation non exécutée, et le juge agira surtout ainsi lorsque ce qui restera à faire sera de peu d'importance. Le créancier pourra ainsi se trouver lésé.

Ce n'est pas, il est vrai, tout à fait de cette façon que dans notre hypothèse d'Exécution en Bourse, la société, établissement émetteur de titres, serait lésée, en effet, l'obligation du titulaire du titre est une obligation non de faire, mais de donner une

(1) Encore convient-il de remarquer que tous les auteurs ne sont point d'accord sur ce point; alors que les uns, comme M. Demolombe, donnent aux tribunaux plein pouvoir d'appréciation pour ne prononcer la résiliation que si le manquement aux obligations paraît suffisamment grave. (Voir, en ce sens, Demolombe, *Dr. civil*, XXV. 498); les autres, comme MM. Aubry et Rau, soutiennent qu'il y a dans ce cas toujours lieu à résiliation en raison de l'article 1184 dont les termes sont très généraux. (Aubry et Rau, *Dr. civil*, IV, 302. Cass., 12 avril 1842, 3, 1843, 1, 281).

somme d'argent ; tout ce à quoi, par conséquent, serait exposée la société, c'est à voir le juge, en vertu de son pouvoir discrétionnaire estimer, et ceci au cas seulement où des appels de fonds auraient été déjà entendus par l'actionnaire cette fois récalcitrant, que l'inexécution n'étant que partielle, la plus grande partie de l'obligation de l'actionnaire a été exécutée et qu'il y a lieu non de prononcer la résolution, mais d'accorder un délai pour la portion de l'obligation non exécutée. Et encore, ceci ne serait pas toujours : le juge, en effet, devrait la plupart du temps, décider que l'exécution partielle n'a pas présenté pour la société une utilité suffisante pour justifier l'ajournement de la résolution, car nous le savons, la société doit pouvoir recouvrer rapidement et totalement les sommes appelées, c'est pour elle une condition de son existence. Aussi disions-nous plus haut qu'en considérant la clause d'exécution en Bourse comme une stipulation ordinaire d'une action en résolution possible, dans certains cas seulement le but de l'institution serait susceptible d'être compromis. De ces développements, il résulte que si l'on considérait la clause d'Exécution en Bourse comme la simple possibilité exprimée par les parties d'une action en résolution ordinaire, notre théorie qui justifie juridiquement l'Exécution en Bourse par l'article 1184, serait en défaut parce que, dans certains cas, chaque fois que l'inexécution ne serait que partielle, chaque fois que l'actionnaire aurait déjà répondu à des appels

de fonds précédents, la clause d'Exécution ne pourrait plus se justifier par la résolution, la résolution pouvant être repoussée dans ce cas, par le juge. Mais précisément, nous croyons qu'on ne peut pas refuser (1) de voir dans la clause d'Exécution en Bourse, une stipulation expresse de résolution de plein droit du contrat (c'est ainsi que nous l'avons interprétée plus haut). Or, la Cour de Cassation n'admet la faculté pour le juge de refuser la résolution au cas d'inexécution seulement partielle, que lorsque le contrat ne contient pas de clause expresse de résolution de plein droit. Certaines décisions n'ont même reconnu ce pouvoir au juge que lorsqu'aucune clause de résolution, fût-ce celle prévoyant la possibilité d'une action en résolution ordinaire, n'aurait été insérée dans le contrat, ceci paraît d'ailleurs illogique puisque d'un autre côté la jurisprudence, par une interprétation restrictive, décide que la clause dans laquelle les parties se bornent à stipuler la résolution, n'ajoute rien à la loi et fait double emploi avec l'article 1184.

Jusqu'ici la clause d'Exécution en Bourse nous a paru satisfaire pleinement aux conditions principales d'application de l'article 1184. Il en sera de même dans les quelques points que nous allons signaler encore.

(1) L'intention des parties n'est pas douteuse, la société n'a voulu qu'au premier acte d'inexécution, fut-elle partielle, la résolution ait lieu immédiatement sans intervention judiciaire.

3° L'effet de la résolution de l'article 1184 est de faire disparaître le contrat même dans le passé, comme par suite d'une condition résolutoire. Prenons, par exemple, l'hypothèse de la résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix. Une personne vend à une autre un objet mobilier corporel. Le vendeur agit en résolution : la conséquence, c'est qu'il reprendra son bien, qu'il en pourra disposer à nouveau et le revendre à une tierce personne qui aura les droits et les obligations du précédent acheteur, comme s'il n'avait jamais cessé d'en être propriétaire. De même dans le cas d'Exécution en Bourse par un agent de change de son donneur d'ordres défaillant ; les principes théoriques et le résultat de l'opération restent les mêmes, malgré l'intervention d'une tierce personne, d'un intermédiaire, l'agent de change que l'on retrouve toujours en matière d'achats ou de ventes de titres, d'actions ou d'obligations. Cet agent de change n'est autre qu'un mandataire, une personne chargée d'agir pour le compte de l'acheteur ou du vendeur. Que ceux-ci ne soient pas fidèles à leurs engagements de payer les titres achetés ou de livrer les titres vendus, et aussitôt l'agent de change, nous l'avons vu au cours de ce travail, peut, lui aussi, se délier du contrat de mandat par lequel il s'était engagé, et comme conséquence, il cherchera à revendre à une autre personne, et ce, aux risques et périls du donneur d'ordres, les titres que celui-ci s'était fait acheter, ou bien il achètera des titres

semblables à ceux qu'on devait lui livrer et dont il a opéré la vente. Toujours on le voit, le résultat de la résolution, c'est l'anéantissement du contrat conclu, avec le remplacement d'un des sujets au contrat par un autre (1). Or, tout semble pratiquement, se passer de même par le fait de la clause d'Exécution en Bourse. Les parties ont voulu, et la société spécialement, que lorsque certaines conditions spécifiées par la clause, se trouveraient réunies, le contrat soit complètement anéanti, que les choses se passent comme si jamais le titulaire du titre n'avait contracté avec elle, de telle sorte qu'un autre actionnaire ou obligataire vienne prendre la place de l'ancien, se trouvant exactement dans les mêmes conditions, le remplaçant à tous points de vue, et propriétaire d'un titre lui donnant les mêmes droits et les mêmes obligations.

Mais on remarque immédiatement qu'il n'en est pas ainsi. Tout d'abord, nous l'avons vu, le titre remis au nouveau titulaire remplaçant l'ancien, n'est pas celui qui était entre les mains de ce dernier,

(1) Remarquons toutefois, avec M. Bernard, art. préc. p. 33, qu'entre les deux exemples cités, il existe dans le mécanisme pratique de l'anéantissement du contrat résolu, à savoir dans l'espèce la revente ou le rachat à un tiers, une petite différence. Au cas en effet du contrat passé avec l'agent de change, celui-ci n'éprouve aucune difficulté, le contrat une fois résolu pour revendre ou racheter, en raison des négociations importantes auxquelles donnent lieu les valeurs dont s'agit. Il n'en est pas de même lorsque le vendeur d'un objet mobilier corporel veut revendre à nouveau l'objet du contrat résolu.

puisque la société se borne à déclarer annulé le premier titre et à en délivrer un autre sur duplicata. Cette objection, à notre avis, n'a pas grande importance pour deux motifs : tout d'abord le fait que nous avons signalé est forcé et s'impose quelle que soit la théorie juridique admise relativement à la justification de l'Exécution en Bourse, l'actionnaire récalcitrant tient en mains le titre qui lui a été remis, il est impossible de le lui arracher de force, mieux que cela, si c'est un titre nominatif, il ne serait d'aucune utilité — en outre, le titre en lui-même n'est rien, sans les droits et les obligations dont il est représentatif, et si ces droits et ces obligations se retrouvent identiques, mais attachés à un autre titre, à un autre papier, disons le mot, peu importe, au point de vue juridique, l'identité d'objet n'en existera pas moins. Mais c'est que, précisément, on a soutenu, non sans raison, que ces droits et ces obligations ne se retrouvaient pas identiques dans le nouveau titre. Et la preuve, a-t-on dit, c'est que, bien que l'actionnaire récalcitrant dont le titre est revendu, n'ait pas payé la somme correspondant à l'appel de fonds resté sans réponse de sa part, le titre passera cependant au nouveau titulaire, sera vendu en Bourse, libéré de la portion appelée qui n'aura pas été versée (1). Ceci est vrai, mais ici encore on peut

(1) Des auteurs sont même allés jusqu'à dire qu'en réalité le titre ne devrait pas être considéré comme entièrement libéré et que, jusqu'à ce que le nouveau titulaire ait payé une somme qu'en réa-

dire tout d'abord qu'on se trouve en présence d'un fait qui s'impose, quelle que soit la théorie admise sur le fondement juridique de l'Exécution en Bourse, les actions d'une société doivent toutes être semblables, on ne peut admettre que les unes soient libérées, alors que les autres ne le seraient pas, le nouvel associé qui entre dans la société entend donc à bon droit avoir un titre libéré comme ceux de ses co-associés, peu importe pour lui que l'ancien actionnaire n'ait pas répondu à l'appel de fonds, la société a mis le titre aux enchères, il l'a acheté, il n'a fait aucune promesse antérieure, et comme le dit M. Labbé, « il entre dans la société à des conditions qui répondent à l'état actuel et au crédit actuel de la société. Il y a quelque analogie entre la déchéance et la vente de l'action des actionnaires en retard et la revente sur folle enchère » (1). Ensuite, l'objection en elle-même peut être sinon réfutée, du moins fortement ébranlée : supposons le cas de la résolution d'une vente d'un objet mobilier corporel pour défaut de paiement du prix. Il arrive que, au moment de la revente, le vendeur ne trouve plus de l'objet qui est redevenu rétroactivement sa propriété, le prix originaire et que le nouvel acheteur paie une somme inférieure. Il n'y en a pas moins résolution

lité il ne devait pas, on aurait le droit de lui refuser l'entrée des assemblées, c'est dire qu'on ne reconnaît pas à cet actionnaire les mêmes droits qu'aux autres. Nous avons repoussé cette idée qui ne se justifie en rien.

(1) Note Labbé sous Cass., 28 fév. 1888, S. 88, 1, 401.

au point de vue juridique avec toutes ses conséquences, l'objet de la vente est resté le même. Pourquoi n'en serait-il pas de même ici, comme dans le cas précédent, le premier acheteur est remplacé par un autre dans son obligation de payer un prix de vente. Je sais bien qu'on objecte qu'au cas d'Exécution en Bourse, le nouveau titulaire de l'action, qui est bien substitué à l'ancien, ne lui succède pas dans la dette même dont le non paiement a donné lieu à la résolution, on prétend qu'ainsi la transformation de la dette a transformé l'objet même du contrat et que ce qui importe c'est moins l'identité du prix que l'identité de l'objet. L'objection pourrait être prise en considération si on la présentait relativement à un titre dont le dernier appel de fonds se produit sans qu'il y soit répondu; alors par l'Exécution en Bourse, on passe d'une catégorie de titres, les non libérés, à une autre catégorie très différente, les entièrement libérés. La nature même de l'objet est ainsi modifiée. Mais on la produit même lorsqu'il s'agit d'un titre exécuté après un premier appel de fonds, alors que d'autres appels auront lieu encore et que le nouveau titre remis au nouvel associé est un titre non libéré entièrement. Or, sous cet aspect, la revente se présente bien avec identité d'objet, sans identité de prix, laquelle n'est pas requise.

Nous avons dit plus haut que par le fait de la résolution, le contrat était anéanti et que les choses se passaient comme si le contrat n'avait jamais eu lieu; que par exemple le vendeur, dans une vente

d'objet mobilier résolue pour défaut de paiement du prix, reprenait la propriété de son bien, étant censé ne l'avoir jamais perdue, et pouvait le revendre. Il en est exactement de même en cas d'Exécution en Bourse par un agent de change de son donneur d'ordres défaillant, en tenant compte évidemment de la petite différence qu'entraîne le rôle de mandataire joué par l'intermédiaire qu'est l'agent de change. Dans les deux cas, l'objet ou l'action, malgré le changement de titulaire, ne sont pas un instant restés sans propriétaire puisque, jusqu'à l'arrivée du nouvel acheteur, c'est l'ancien vendeur qui en est resté propriétaire. Or, en est-il de même dans l'hypothèse d'Exécution en Bourse d'actions ou obligations non libérées entièrement, et peut-on dire qu'à aucun moment l'action ou obligation ne sont restées sans titulaire ? Il semble tout d'abord que la réponse à cette question ne fasse aucun doute et que le raisonnement plus haut présenté dans les deux exemples de résolution cités, soit ici aussi très exact : Le contrat est résolu, par conséquent les droits et les obligations du titulaire de l'action vont disparaître ; il en sera de même pour la société, et comme c'est la société qui avait conféré au titulaire ces droits et ces obligations attachés à un titre, celle-ci va reprendre ce titre, ou en redeviendra seule propriétaire, sera censée n'avoir jamais cessé de l'être et pourra donc revendre ce titre à un nouvel acheteur, sera même obligée de mettre le titre en vente, nous verrons dans un instant pour quelles raisons.

Ce raisonnement, qui paraît fort juste, recèle cependant une véritable impossibilité juridique au point de vue de la législation des sociétés, qui ne laisse pas concevoir l'hypothèse d'une société titulaire de ses propres actions. Nous savons en effet que l'action est un ensemble de droits et d'obligations. Ces obligations, c'est la société qui en est créancière ; or si, après la résolution, la société redevient propriétaire du titre, elle est par le fait débitrice des obligations attachées à ce titre, et comme elle en était déjà créancière, une confusion s'opère qui aboutit à l'anéantissement des dettes contractées envers la société par le souscripteur du titre, c'est-à-dire à une réduction peut-être très importante du capital social, si les titres se trouvent en grand nombre, qui n'ont pas répondu à l'appel de fonds. Il y a réduction du capital social, tout comme dans l'hypothèse du rachat par une société de ses propres actions. Je sais bien qu'en jurisprudence, et même en doctrine, on a parfois validé le rachat d'actions fait dans certaines conditions, lorsque par exemple il était opéré au moyen des bénéfices ou du fonds de réserve, ou bien encore lorsqu'il se régularisait dans la suite par une revente des actions à un cours au moins égal au cours d'achat. Mais au point de vue juridique, ces solutions de fait admises n'expliquent absolument rien, les actions restent toujours un certain temps dépourvues de titulaire, tout comme dans notre hypothèse. Un auteur a essayé de répondre à l'objection qu'il a très bien aperçue et que nous

faisions ci-dessus, pour notre cas d'Exécution en Bourse, à la théorie de la résolution. Voici le raisonnement de M. Bouvier-Bangillon : L'article 1er de la loi du 24 juillet 1867, reproduit par l'article 1er de la loi du 1er août 1893, exige pour la constitution définitive des sociétés par actions la souscription intégrale du capital social, c'est-à-dire que toutes les actions doivent avoir un titulaire ; or, si l'Exécution en Bourse est une résolution du contrat, pendant un instant ce capital social n'aura pas été entièrement souscrit. Mais à cette objection il existe, ajoute-t-il, une réponse très simple que l'on trouve dans la loi du 1er août 1893 elle-même, article 3, aux termes duquel la nullité de la société se trouve couverte par la disparition du vice. Or, dans l'Exécution en Bourse, la vente qui substitue un nouvel actionnaire à l'ancien répare le vice et couvre la nullité (1). Mais je répondrai d'abord que, d'après la loi de 1893, l'action en nullité sera bien éteinte, si l'on veut, mais qu'il n'en reste pas moins vrai qu'au point de vue juridique le titre sera demeuré pendant un certain temps sans titulaire et qu'il en sera bien résulté les conséquences indiquées plus haut.

Cette conception de la société redevenue titulaire du titre, une fois repoussée, va-t-on prétendre alors

(1) Voir sur ce point Bouvier-Bangillon, professeur de droit commercial à la Faculté de droit d'Aix : La législation nouvelle sur les sociétés. Et encore note sous Cass., 11 juillet 1895. *Pandectes françaises*, 1896, 1, 369.

que le titre peut être un instant resté sans titulaire? Mais à cette nouvelle conception se présente tout d'abord une objection générale très sérieuse qu'a signalée très nettement M. Bernard (1) : « Tout droit, dit-il, suppose un sujet qui le vivifie, en qui il trouve sa raison d'être, puisque, au demeurant, ce droit n'est qu'un moyen servant à réaliser les fins de l'individu ou de la collectivité. Supprimez le sujet, le droit meurt. Notre technique juridique n'a pas pu encore s'assimiler parfaitement ces conceptions nouvelles, desquelles il résulterait des droits ne reposant plus sur des sujets déterminés et trouvant leur principe de vie dans les buts mêmes en vue desquels ils sont institués ». Et, ici, M. Bernard fait allusion aux théories nouvelles, très répandues, qui tendent à ruiner la vieille maxime : Pas de droit sans sujet, et à soutenir l'existence de patrimoines dits d'affectation, reposant sur l'idée de but. Mais, comme il l'a très justement fait remarquer, ces idées nouvelles ne nous sont d'aucune utilité dans l'espèce, parce qu'elles se placent dans une situation différente, en face « de droits affectés à des buts d'intérêt collectif et non pas devant être consacrés à la satisfaction de fins individuelles »; tandis qu'ici nous sommes en présence du droit de l'actionnaire qui, au point de vue actif comme au point de vue passif, est un droit essentiellement individuel. Or, ce titre, après la résolution et avant la vente, reste sans titulaire, sans un individu

(1) Bernard, *ouv. préc.* p. 35 et 36 et la note.

sur la tête duquel il repose. Que devient-il? Là est la question. Et ceci, en pratique et au point de vue du droit des sociétés, a une grande importance : le titulaire n'existe plus, avons-nous dit, et, par conséquent, il n'y a plus personne pour payer les versements complémentaires; c'est à une diminution, tout au moins provisoire, du capital social qu'on semble aboutir (1), d'autant plus grave que seront plus nombreux les titres exécutés. Or, la loi se montre très rigoureuse, et avec raison dès qu'il s'agit de réduc-

(1) Ceci ne serait plus vrai, je le sais, si l'on faisait application à notre espèce des théories récentes très répandues spécialement en Allemagne, qui tendent à admettre ce qu'on a appelé « l'obligation abstraite » considérée comme un organisme vivant et se soutenant indépendamment des contractants. La charge de la libération n'incomberait plus à une personne, mais au titre, ce serait une charge réelle. On pourrait aussi recourir à la théorie, née également chez les Allemands, de la formation et du maintien de l'obligation par la volonté unilatérale, au moyen de laquelle on justifie par exemple la validité des engagements pris sur titres au porteur : de même que, dans cette hypothèse, la seule volonté de l'émetteur du titre au porteur s'engageant à payer à quicouque présentera le titre suffit pour la validité de l'obligation, de même ici, la seule volonté de cet émetteur, s'engageant à faire profiter des avantages du titre quiconque consentira à en supporter les charges, suffirait pour que le titre subsiste sans s'anéantir. On a aussi proposé de recourir à l'idée d'obligation à débiteur indéterminé mais déterminable, ce qui revient à peu près au même, on fait toujours appel à l'idée d'une obligation à créancier indéterminé. Peut-être y aurait-il aussi à argumenter d'une idée analogue à celle que l'on met en avant pour la justification juridique des contrats, des stipulations pour autrui, en faveur de tiers indéterminés ou de personnes futures. Nous ne nous étendons pas outre mesure sur ces divers points, car nous pensons inutile de recourir à toutes ces subtilités juridiques, il y a, on le verra, un moyen bien plus simple et plus naturel dans l'intention des parties, de justifier l'Exécution en Bourse.

tion du capital social, c'est-à-dire du gage des créanciers sociaux (1); aucune des garanties légales exigées ne se rencontre dans notre espèce. Et puis l'on se demande, le titre étant sans titulaire, comment la société fera, aura qualité pour le remettre en vente dans la suite : ceci est encore une objection sérieuse.

C'est donc, on le voit, se heurter toujours à une impossibilité juridique que d'envisager le titre restant sans titulaire, tout aussi bien que de considérer la société elle-même comme titulaire. Et cette difficulté ne se rencontre cependant pas lorsqu'il s'agit de l'hypothèse semblable de résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, suivie de revente. Nous savons, en effet, que l'objet fait retour au vendeur, qui peut de nouveau en disposer à sa guise; des charges grevaient peut-être cet objet, mais peu importe, car c'est l'objet même du contrat qui est débiteur de ces charges : c'est lui qui les supporte. Dans notre espèce, on ne peut pas raisonner ainsi : le titre doit, sans doute; mais qu'est-ce que le titre seul, considéré indépendamment du patrimoine de la personne qui l'a entre les mains?

Comment alors arriver à trouver dans l'hypothèse d'Exécution en Bourse le résultat nécessaire pour que l'on puisse continuer à affirmer qu'il s'agit d'une résolution, à savoir l'anéantissement du contrat résolu, le rétablissement intégral de l'état de choses

(1) Thaller, Droit commerc., *ouv. préc.* p. 370, n° 700. — E. Sée, *De la réduction du capital social*, 1899.

antérieur à la formation du contrat. Si, jusqu'ici, nous n'avons pas abouti, c'est que nous avions suivi une mauvaise voie : il faut en effet se détacher de l'idée qu'on se forge d'une société qui émet des actions et qui trouve des souscripteurs, qui traite avec eux; ce n'est pas là une sorte de contrat de vente, c'est, nous l'avons dit déjà d'ailleurs dans la première partie de cette étude, un contrat de société qui se réalise par un contrat de souscription, qui est précédé par lui. La résolution supprime donc le contrat de souscription, elle produit cet effet de rendre le titre vacant, comme s'il n'avait pas encore trouvé preneur. La société se trouve, au point de vue du titre exécuté, au même point qu'elle était au moment de la fondation, elle cherche des souscripteurs. Comme le dit M. Bouvier-Bangillon (1) : « La résolution détruit la qualité d'obligataire chez le contractant qui a manqué à ses engagements. L'obligation est censée n'avoir jamais eu de titulaire. Elle redevient vacante..... Le siège social, la résolution opérée, cherche un souscripteur au titre vacant. Au lieu de procéder par voie d'émission, il donne un ordre de Bourse à un agent de change. L'attributaire du titre n'est pas un acheteur, à vrai dire, c'est un obligataire de première main, traitant avec la société aux cours actuels du marché ». Et cette offre de souscription, cette émission en plein fonctionnement

(1) Bouvier-Bangillon, note précitée, *Pand. franc.* 1895, sous Cass., 11 juillet 1895.

de la société, s'explique très bien au point de vue juridique, c'est un remplacement forcé; il faut, comme au début de la société, que le capital social soit intégralement souscrit; par le fait de la résolution, une partie de ce capital se trouve sans souscripteurs, il faut lui en trouver le plus rapidement possible, l'Exécution en Bourse est le meilleur moyen. Il n'y a pas à parler ici d'actions, de titres sans titulaires. Ces titres sont censés n'avoir pas encore d'existence juridique, parce que personne, aucun patrimoine n'est encore censé avoir assumé les charges qu'ils impliquent. Que si l'on objecte, au point de vue du capital social des créanciers sociaux, le danger d'une semblable conception, la société n'étant pas certaine de trouver un souscripteur pour son titre, et l'actionnaire primitif étant définitivement sorti de la société, nous dirions avec M. Bernard que l'anéantissement des droits et obligations du souscripteur originaire n'est que conditionnel, soumis qu'il est à la condition de la souscription d'un nouveau titulaire, ce qui est exact au point de vue juridique, c'est en effet la resouscription tout comme la revente qui opère résolution.

Une remarque présentée plus haut reste juste ici encore : Le titre exécuté, on l'a dit, est revendu au nouvel acquéreur entièrement libéré de la portion réclamée au titulaire récalcitrant et qui n'a point été payée. Ce n'est pas le même papier-titre qui passe dans les mains du nouveau titulaire, c'est un papier matériellement semblable auquel sont attachés les

mêmes droits et obligations qu'au précédent. Il n'en est pas moins vrai qu'on peut dire qu'il y a bien là un remplacement, que le nouvel actionnaire prend exactement la place de l'ancien et ceci cadre avec la théorie de la résolution. Ajoutons d'ailleurs, pour y revenir dans quelques instants, qu'au point de vue du droit des sociétés, il ne résultera de la situation aucune diminution du capital social, par suite aucun danger pour les créanciers sociaux. Si, en effet, le titre exécuté est vendu entièrement libéré, et si la portion qui faisait l'objet de l'appel de fonds n'est pas rentrée, la société conserve toujours, de par la théorie même de la résolution, une action en dommages-intérêts contre l'actionnaire déchu qui lui a causé un préjudice, action dont l'efficacité n'est pas toujours assurée, mais ceci est inévitable (1).

4° Il reste encore quelques stipulations que l'on trouve souvent insérées en pratique dans la clause d'Exécution en Bourse et que nous devons examiner pour voir si, elles aussi, cadrent avec le système de la résolution de l'article 1184, qui toutes tendent à satisfaire l'une des conditions primordiales de la vie des sociétés, à savoir la possibilité de recouvrer le plus rapidement possible et dans son intégralité les sommes qui doivent composer le capital social.

(1) Il conviendrait que les créanciers sociaux soient mis au courant de la situation des sommes restées en fin de compte impayées par une publication annuelle, puis que l'on comble les vides au moyen d'un fonds de réserve constitué dans ce but.

*A)* Il est dit d'abord que les versements déjà effectués par l'actionnaire qui ne répond pas à l'appel de fonds, seront conservés par la société. Mais ceci est en parfaite conformité avec l'article 1184. Du fait du refus de l'actionnaire, la société est obligée de revendre le titre et de le revendre comme s'il était libéré des sommes antérieurement appelées ; si donc elle devait rendre à l'ancien actionnaire les sommes versées par lui, elle éprouverait un préjudice. Aussi elle les garde à titre de dommages-intérêts. Ceux-ci sont formellement prévus par l'article 1184, 2e alinéa : « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». Rien n'empêche d'ailleurs qu'à l'avance et à forfait les parties fixent ces dommages-intérêts, déclarent, par exemple, qu'ils seront égaux aux sommes déjà versées par l'actionnaire récalcitrant. Relativement à cette première catégorie de clauses, on peut se reporter à un arrêt de la Cour de Paris du 31 mars 1832 (1), et à un autre de la même Cour du 8 décembre 1840, le dernier admettant très nettement le système de la résolution. Dans le premier, au contraire, la Cour avait considéré qu'il y avait là une *pœna* que les actionnaires perdaient s'ils

(1) S. 1832, 2, 541. — S. 1850, 2, 243. — Voir encore Cour de Paris, 30 juin 1892. Cass., 11 juillet 1895. *J. des Soc.*, 1895, p. 487. — S. 1885, p. 487. — S. 1895, 1, 329.

voulaient se retirer, une espèce de faculté de dédit. Nous reviendrons sur ce point de détail, mais dès maintenant nous pouvons dire que telle n'était point certainement l'intention des parties.

*B)* Souvent aussi on stipule que, au cas où le prix de la revente en Bourse n'arriverait pas, ajouté aux sommes déjà versées par l'ancien titulaire, aujourd'hui récalcitrant, à parfaire la somme appelée, la société conservera contre celui-ci un recours par voie d'action personnelle. Mais ici encore la théorie de la résolution cadre parfaitement avec les termes de la clause dont s'agit, la société ne fait autre chose que de réserver la possibilité d'obtenir de son ancien actionnaire les dommages-intérêts prévus par l'article 1184.

*C)* Enfin, d'autres fois, on trouve la clause suivante : La société aura le droit de conserver l'excédent du prix de vente du titre, sur la portion appelée qui est restée impayée. Supposez, par exemple, que la portion appelée était de 250, le titre s'est vendu 580, la société conserverait les 80 francs à titre d'acompte sur les 250 qui n'ont pas été versés. Ceci est encore l'application extrêmement simple de la théorie de la résolution et des dommages-intérêts de résolution (1). Et si par hasard, il arrivait que le prix de vente comblât le vide de la portion appelée et non payée, et qu'une somme restât en surplus,

(1) Dans ce sens, arrêts de la Cour de Paris et de la Cour de Cassation, 7 mars 1870, 14 février 1872. S. 72, 1, 321.

elle trouvera bien son utilité pour la société, qui doit payer les frais nécessités par l'Exécution de ses actionnaires et qui a, de cette façon, réparation du préjudice que ceux-ci ont pu lui causer en produisant une baisse dès titres, par leur retrait inopiné. La clause inverse de celle qui vient d'être indiquée est aussi très fréquente, c'est à elle, qui paraît beaucoup plus anormale au premier abord, qu'il faut maintenant s'attacher : on stipule que l'excédent de la vente sera remis au titulaire défaillant. Il faut convenir de la logique de semblable règle, dans une théorie que nous avons déjà examinée en détail, celle qui fait de l'Exécution en Bourse une exécution forcée, simplifiée, une application du système ordinaire des saisies. C'est un principe intangible en effet, en matière de saisie, que celui qui donne au saisi le droit, le saisissant une fois intégralement payé, de réclamer le surplus. Mais la clause s'explique également très bien avec le système de la résolution : elle revient en effet, pour le créancier, pour la société, à renoncer par avance à une source éventuelle de dommages-intérêts ; au lieu de fixer à forfait les dommages-intérêts au montant des sommes déjà versées par l'actionnaire récalcitrant et à l'excédent du prix de vente du titre sur la portion appelée, la société consent à ne recevoir que les premières, abandonnant le second à son actionnaire, laissant de côté un droit dont, à la rigueur, elle pourrait user, mais duquel, dans un but de conciliation et de bienveillance, elle se désintéresse.

Les clauses ci-dessus indiquées, sont donc en parfaite concordance avec le système que nous soutenons de la résolution, tel qu'on le trouve tracé au Code civil.

Avant d'en montrer les conséquences pratiques dans notre hypothèse spéciale d'Exécution en Bourse, je voudrais signaler un point sans grande influence d'ailleurs, sur le principe même de notre théorie, qui distingue notre cas de résolution, de cas semblables ordinaires. Prenons comme terme de comparaison, l'hypothèse déjà signalée de la résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix : par le fait de la résolution du contrat, le vendeur reprend la pleine disposition de son bien qu'il est censé n'avoir jamais vendu, il redevient donc entièrement libre, ou d'en garder lui-même la propriété, ou d'en effectuer la revente auprès d'un nouvel acheteur. Ici, la situation est un peu différente, la société ne peut pas se borner à prononcer la résolution de la souscription contre les actionnaires en retard, elle doit de toute nécessité, chercher un remplaçant à l'actionnaire déchu et exclu, elle est obligée de mettre le titre en vente, la part dont le titulaire antérieur est destitué, c'est qu'en effet, le nombre des actionnaires qui a été fixé par le pacte social, ne peut être augmenté ni réduit, sans une modification régulièrement consentie, c'est-à-dire sans les formalités et les garanties exigées en pareil cas. L'acte de société a prévu un capital déterminé, or, à ce capital dans toute son inté-

gralité, les créanciers ont droit, tout arrangement qui aurait eu pour effet de le réduire, serait nul à leur égard : le fait de la société de ne pas remettre le titre en vente, aurait évidemment pour résultat une diminution du capital social. Il est donc littéralement exact ici de dire que c'est « la revente qui opère résolution » ou autrement dit que dans notre espèce la résolution est toujours et forcément accompagnée, suivie d'une revente, ce qui n'est pas vrai dans les cas ordinaires où c'est l'inexécution du contrat, qui opère la résolution, le contractant au profit duquel le contrat est résolu, restant libre d'agir à son gré. Mais cette distinction qu'il importait de signaler, ne renverse pas le moins du monde notre théorie, car la faculté du choix entre deux situations possibles, une fois le contrat anéanti par le fait de la résolution, n'est pas un élément essentiel de la résolution de l'article 1184 du Code civil.

Deux dernières remarques restent à faire pour terminer cette première partie de l'exposé de la théorie de la résolution.

*Première remarque.* — Il n'a été jusqu'ici parlé dans les développements ci-dessus que de l'Exécution en Bourse des actions (1), et cependant il n'y a à cet égard aucune différence à établir entre les

(1) L'examen des décisions judiciaires relatives à la question montre, d'ailleurs, que celles-ci visent presque toujours les actions, c'est que ce sont les actions qui sont le plus fréquemment l'objet de l'Exécution en Bourse.

actions et les obligations. Dans les deux cas, la clause d'Exécution en Bourse repose sur les mêmes principes juridiques, elle a les mêmes raisons d'application. C'est pourquoi il faudra justifier l'Exécution en Bourse des obligations, plus rare en pratique que celle des actions, par le même système de la résolution d'un contrat de souscription. On a bien fait observer (1) qu'on ne rencontrait plus en matière d'obligations les mêmes objections : vis-à-vis des actions, on pouvait en effet prétendre qu'en considérant l'Exécution en Bourse comme une résolution d'un contrat de vente, le capital social allait se trouver pendant un instant de raison, dans l'intervalle entre la déchéance de l'ancien titulaire, et le rachat par un nouveau, non souscrit intégralement, or, on sait qu'aux termes des lois de 1867 et de 1893 sur les sociétés, les sociétés par actions ne sont régulièrement constituées qu'après la souscription intégrale du capital social. Vis-à-vis des obligations au contraire, ce raisonnement n'était plus exact, car le capital-obligations n'est pas soumis aux mêmes règles de fixité que le capital-actions. Néanmoins, je crois impossible en matière d'obligations de prétendre que l'Exécution en Bourse est la résolution d'une espèce de contrat de vente, à la suite de laquelle la société redevient titulaire de l'obligation qu'elle revend à un tiers, ou bien à la suite de laquelle l'obligation reste un certain temps sans aucun titu-

(1) Bernard, *Ouv. préc.*, p. 40, n° 42.

laire. Cette dernière situation est difficile à concevoir, nous l'avons déjà montré, dans notre droit français, quant à la première, elle semble tout aussi peu imaginable ; d'abord la société ne rentre pas en possession du titre, des papiers, et puis ce titre n'est rien, considéré indépendamment des titulaires et des engagements pris par eux. Une obligation n'est pas autre chose en somme qu'un titre d'emprunt : telle personne s'est engagée à prêter une somme déterminée, le montant de l'obligation à la société qui lui en paiera tels ou tels intérêts. La société est créancière de la somme prêtée; si elle redevient titulaire de l'obligation, ne devient-elle pas aussi débitrice de son montant. N'y a-t-il pas une confusion qui s'opère ?

*Deuxième remarque.* — L'Exécution en Bourse ayant trouvé sa justification juridique, un point nous paraît définitivement certain, à savoir qu'on pourra l'admettre en l'absence même dans les statuts de toute clause y relative et cela parce qu'on peut la considérer comme un usage de commerce, comme un « usage conventionnel ». Nous avons dit plus haut (1) quelle place et quelle autorité nous entendions donner à l'usage, en tant que source de droit, dans notre droit français, il est, si l'on veut, une source secondaire et l'on peut l'invoquer chaque fois que, ne se heurtant pas à des principes légaux comme dans l'espèce, puisque juridiquement est désormais fondé le procédé de l'Exécution en Bourse,

(1) 2me partie, chapitre Ier.

il paraît certain et établi. Or, ne peut-on pas ici dégager de l'examen des conditions économiques des sociétés, des usages constants de la Bourse, des intentions, des volontés des parties en cause, cette idée que l'Exécution en Bourse est aujourd'hui si naturelle, si nécessaire, si entrée dans les mœurs qu'on peut la considérer comme un usage conventionnel qui s'impose alors même que les statuts sociaux n'ont nullement prévu et réglementé l'opération. Et voilà comment l'on peut arriver à sous-entendre pour ainsi dire toujours la clause d'Exécution en Bourse, sous réserve d'une clause expresse contraire et à conclure, qu'on l'appliquera en raison de l'usage, dans ses détails avec les clauses secondaires telles que nous les avons vues, se rencontrant le plus usuellement dans la pratique. Et cette observation qui vient d'être faite, elle peut être exacte, quelle que soit la théorie, résolution d'un contrat de souscription, gage ou autre que l'on admette pour valider juridiquement l'institution de l'Exécution en Bourse. La valeur de cette observation vient du système que nous avons adopté sur l'autorité de l'usage en droit français. On voit que les développements donnés alors avaient leur utilité.

§ II. — *Inconvénients évités par notre théorie de la résolution. — Ses conséquences pratiques. — Examen de quelques difficultés et hypothèses spéciales.*

1° *Inconvénients évités par notre théorie.* — Il est bien certain qu'avec la théorie qui a été soutenue de la résolution du contrat de souscription, on arrive à supprimer la plupart des inconvénients présentés par les autres systèmes, et cette supériorité est incontestable lorsqu'on se place vis-à-vis des nécessités pratiques de la vie des sociétés, que nous avons eu déjà souvent l'occasion d'indiquer et des résultats cherchés par les parties.

*A*) On se soustrait d'abord à l'exigence du titre exécutoire que nécessiterait l'admission de la théorie qui fait de l'Exécution en Bourse une expropriation simplifiée, une saisie diminuée. La clause d'Exécution contenait une stipulation expresse, aux termes de laquelle les parties conviennent que faute d'exécution volontaire aux échéances, le débiteur reste déchu, sans même qu'il soit nécessaire, comme cela se passe ordinairement aux termes mêmes de l'article 1184, qu'un jugement intervienne pour résoudre le contrat. Et la convention est licite (art. 1184) et doit toujours être sous-entendue, en vertu de l'usage, chaque fois qu'elle n'est pas nettement exprimée.

*B*) On évite ensuite plusieurs des objections faites à la théorie qui considérait l'Exécution en Bourse

comme la réalisation d'un gage commercial et spécialement les suivantes : *a)*. Il n'est plus nécessaire que l'actionnaire soit dépossédé du titre, ce qui était la condition fondamentale du nantissement. *b)*. — Nous avons dit déjà, en développant la théorie du gage, qu'elle était inconciliable avec la clause que l'on rencontre cependant presque toujours en matière d'Exécution en Bourse, qui permet à la société de conserver les sommes qui lui auraient été versées déjà par l'actionnaire récalcitrant, alors même que le prix de vente du titre sur exécution dépasserait le montant même du titre. Et nous disions alors la raison de cette incompatibilité, à savoir que le créancier gagiste ne peut s'approprier le gage pour une valeur supérieure au montant de sa créance. On a donné une autre raison encore et nous allons montrer ici que l'objection qu'elle constitue est précisément évitée dans notre système de la résolution. Voici le raisonnement qu'on a présenté : La société poursuit la réalisation du gage qui garantissait l'obligation de l'actionnaire de payer les sommes indiquées au titre, c'est-à-dire l'exécution même du contrat. Par conséquent, l'Exécution en Bourse apparaît comme un procédé, non pas de résolution du contrat, mais d'exécution du contrat, d'une obligation de payer une somme d'argent et, dès lors, on ne voit pas le moyen d'échapper à l'application de l'article 1153 du Code civil, dont le texte est le suivant : « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résul-

tant du retard dans l'exécution, ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement ». Voilà l'objection : Les partisans de la théorie du gage ont, il est vrai, prétendu l'éviter (1); ils soutiennent que l'article 1153 est ici inapplicable, parce qu'il y a un abîme entre l'importante société qui emprunte de grosses sommes et le modeste particulier qui emprunte une faible somme d'argent. «Voici une société qui a besoin de plusieurs centaines de millions, elle les demande au public par l'émission d'obligations, le public souscrit et la société entreprend ce que peut comporter un pareil apport de capitaux, un incident survient qui amène la baisse des titres; que si le souscripteur en retard n'est tenu qu'aux intérêts moratoires et que le chiffre de ces intérêts soit inférieur au chiffre de la baisse, personne ne versera plus; c'est la ruine des entreprises de la société et, suivant toute vraisemblance, la ruine de la société elle-même. « Notre état économique moderne ne pourrait comporter une pareille solution. Ce n'est pas pour lui qu'a été écrit l'art. 1153 du Code civil. Il serait absolument déraisonnable d'assimiler ces souscriptions collectives, promettant et devant apporter des millions par centaines, souscriptions présentant des abus de diverses sortes, à un simple prêt, à une

(1) Voir note sous l'arrêt de Cass. du 11 juillet 1895, ou S., 1895, 1, 329.

simple promesse ou dette de somme d'argent, faite le plus ordinairement de particulier à particulier, dans des proportions restreintes et pour un temps limité. Ce sont là choses essentiellement différentes et qui doivent être régies par des règles différentes aussi. L'Exécution en Bourse, même en en gardant tout le produit, ne réparera qu'insuffisamment le dommage causé à la société, de simples intérêts moratoires seraient une insuffisante réparation ». Ce faux-fuyant est inexact, comme le soutient M. Bouvier-Bangillon (1), « il n'aboutit à rien moins qu'à contester l'application de l'article 1153 dans notre état économique moderne », d'un texte qui, jusqu'à nouvel ordre, constitue la loi, aucune différence n'étant faite dans nos textes, entre la grande société et le simple particulier. Et à ce sujet, M. Bouvier-Bangillon cite une appréciation du *Journal des Sociétés civiles et commerciales* (1895, p. 489), qui semble très juste et que nous reproduisons : « Qui ne voit le danger de pareilles catégories? Le particulier, pour opérer sur de moins grosses sommes, peut subir, à raison du retard, un préjudice semblable à celui de la société anonyme; lui aussi peut voir échouer son entreprise faute de recevoir, en temps utile, les capitaux sur lesquels il comptait; et, cependant, s'il n'y a de sa part ni dol, ni mauvaise foi, ni résistance illégitime, on lui refusera une autre compensation que les intérêts moratoires alloués par l'article 1153 ». L'objec-

(1) Note préc., *Pandectes*, 1896, p. 370.

tion reste donc debout (1), mais la théorie que nous avons préconisée sur le fondement juridique de l'Exécution en Bourse la renverse : il ne s'agit plus alors, en effet, d'exécution du contrat de souscription, le contrat est au contraire anéanti, résolu, et

(1) Et, cependant, je crois qu'il y a un autre moyen, pour les partisans de la théorie du gage, de renverser cette objection. Je ne dirai pas, comme M. Bernard (*Ouv. préc.*, note sous la page 45), qu'il s'agit ici de conserver une somme non pas à titre de dommages-intérêts, mais à titre d'objet même de la dette, et que, en adoptant la théorie du gage, la situation est la même que si un créancier de 100 à qui il a été déjà payé 50 et qui a un gage d'une valeur de 50, vend ce gage tout en conservant ce qui a été payé et que, par conséquent, l'article 1153 n'a pas à intervenir. C'est que, et M. Bernard s'en rend compte, il se peut, exceptionnellement j'en conviens, que la revente du titre donne un excédent supérieur au taux légal et alors l'article 1153 aura bien à intervenir. Mais je ferai observer que le créancier, même avant la loi de 1900, dont je vais parler dans un instant, pouvait, lorsqu'un préjudice indépendant du retard lui avait été causé, réclamer des dommages-intérêts dictincts en se fondant sur l'article 1382 du Code civil (c'est, d'ailleurs, ce qu'admettait la jurisprudence antérieure à 1900), et rien n'empêche la société créancière qui est dans ce cas, et qui prévoit être dans ce cas, de fixer d'avance ces dommages-intérêts, de déterminer comment elle les recouvrera. Elle agit comme tout créancier ordinaire pourrait le faire. C'est du reste, je le crois, avec M. Planiol, t. II, n° 285, ce droit qu'a voulu conserver la loi du 7 avril 1900, incorporée aujourd'hui dans l'article 1153, en disant « que le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ». Elle l'a fait en des termes quelque peu équivoques et inexacts, mais les travaux préparatoires et spécialement les déclarations de M. Labiche au Sénat prouvent qu'on a voulu consacrer la jurisprudence antérieure à l'année 1900 qui n'exigeait pas la mauvaise foi du débiteur et qui autorisait le créancier, dans les cas que j'ai indiqués, à réclamer des dommages-intérêts simplement fondés sur l'article 1382 du Code civil.

c'est une simple question de dommages-intérêts de résolution qui s'agite, de réparation du préjudice causé par la résolution dont l'actionnaire récalcitrant est l'auteur responsable. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que les dommages-intérêts ainsi conçus dépassent le montant fixé dans l'article 1153. Tels sont les deux des principaux inconvénients évités par notre système de la résolution, et que nous n'avions pas eu encore l'intention de signaler. Il faut, maintenant, en signaler quelques-unes des conséquences pratiques.

2° *Conséquences pratiques.* — *A)* Tout d'abord, quelle va être la situation de l'actionnaire nouveau qui s'est rendu acquéreur du titre exécuté? Comme je l'ai déjà fait pressentir dans la première partie de cet exposé, il devient, dans le système soutenu par nous, sans contestation possible, bien et légalement actionnaire de la société au même rang que les autres, avec les droits et les charges qu'implique pareille situation, et cela, sans qu'il y ait à se soucier du point de savoir s'il a ou non payé les versements que n'a pas acquittés l'actionnaire récalcitrant. Nous savons déjà qu'on a cependant prétendu, par exemple, que l'acquéreur du titre exécuté n'avait pas le droit de participer aux assemblées de la société tant qu'il n'avait pas complètement libéré l'action, suivant son montant nominal, c'est-à-dire payé en plus de son prix d'acquisition en Bourse sur exécution, ce que son prédécesseur récalcitrant avait refusé ou n'avait pas pu solder. Or, avec le

système de la résolution, tel que nous l'avons présenté, il est impossible de soutenir cette affirmation qu'on eût peut-être pu étayer quelque peu avec la théorie de la saisie, de l'expropriation du titre, en objectant que l'acquéreur succédait aux obligations de son auteur et devait, par conséquent, comme lui, libérer l'action, tout en conservant la faculté d'agir contre lui, pour répéter ce qu'il payait en sus du prix effectif de son marché en Bourse. Mais, ici, aucun argument n'est admissible : c'est la société qui, après avoir rompu le contrat de souscription passé avec son premier acquéreur, après l'avoir résolu, anéanti, renouvelle le contrat avec un nouveau souscripteur, lui offre pour un prix déterminé l'action même qui faisait l'objet du premier contrat, avec les mêmes avantages. La société, en d'autres termes, a voulu trouver un remplaçant au premier actionnaire, et, dans ce but, elle a employé un procédé, l'Exécution et la vente en Bourse; c'est à ses risques et périls qu'elle le fait, ou plus exactement à ceux de son actionnaire récalcitrant; mais elle a entendu donner à son nouveau titulaire tous les droits qu'avait l'ancien, ni plus ni moins. Et comme je l'ai déjà remarqué, et comme le remarque aussi M. Thaller (1), tout ceci coïncide bien avec les intentions de fait des parties, avec les résultats qu'elles ont voulu. Le désir de l'acquéreur, c'était en somme non pas d'acquérir des actions vendues dans telles ou telles con-

(1) Thaller, note précitée, D., 86, 2, 91.

ditions précises, qui seraient celles de la vente sur Exécution en Bourse, c'était d'avoir à tel prix des titres de telle ou telle société, mais semblables à ceux des autres actionnaires, jouissant des mêmes droits et par conséquent complètement libérés; c'est d'ailleurs l'ordre donné à l'agent de change, dont l'interposition et le secret professionnel mettent le donneur d'ordres dans l'impossibilité de savoir de qui il tient ses actions. Je rappelle, du reste, à ce point de vue spécial de la libération du titre, une remarque que j'ai déjà faite précédemment, à savoir que, dans la pratique actuelle de la Bourse, les certificats provisoires remis aux acquéreurs portent toujours la mention « entièrement libérés ».

*B)* Quelle va être maintenant la situation de l'ancien actionnaire? La réponse est ici, encore, une conséquence pratique très simple de notre système de la résolution : Le contrat de souscription qu'il a passé avec la société est résolu, anéanti, disparu, comme s'il n'avait jamais existé, l'ancien titulaire n'a donc plus ni droits, ni charges. Avec ce principe, on peut résoudre toutes les difficultés qui se sont présentées. Supposons, par exemple, que la somme produite par l'Exécution en Bourse ait été inférieure au montant de l'appel de fonds. Est-ce que l'on va pouvoir réclamer la différence à l'ancien actionnaire exécuté? Non, sur le terrain strict du système de la résolution, alors même qu'une poursuite serait possible, légalement parlant, de la part

de la société contre lui (1), mais la société arrivera à son but en lui réclamant des dommages-intérêts de résolution, en lui demandant réparation du préjudice qu'il a causé par son fait. Supposons encore, autre difficulté, que l'appel de fonds effectué quelque temps avant l'exécution du titre, ne comprend que le deuxième ou troisième quart et laisse encore une certaine marge de non-versé pour l'avenir. Puis, après l'exécution, un nouvel appel de fonds se produit, destiné à libérer le titre entièrement. La société va poursuivre le recouvrement de cette somme, mais tandis qu'avec la théorie de l'expropriation, par exemple, qui considérait l'Exécution en Bourse comme une cession, la société jouissait des mêmes garanties que s'il y avait eu une négociation amiable et pouvait, réserve faite du cas de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés régies encore par cette loi, et de l'article 2 § 5 de la loi du 1er août 1893 pour les autres (2), poursuivre solidai-

(1) Ceci dit pour les actions seulement. On sait, en effet, qu'en matière d'obligations, la question de la responsabilité des obligataires successifs fait l'objet de vives controverses qui tiennent précisément au silence de nos lois françaises sur ce point.

(2) On sait, en effet, qu'aux termes de cet article 3, alinéa 2, les souscripteurs primitifs qui ont aliéné leurs actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié ne restent tenus au paiement du montant de leurs actions que pendant un délai de deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale ayant décidé la possibilité de la conversion au porteur et cela que les actions soient restées nominatives ou qu'elles aient été converties au porteur. Quant à l'article 2 de la loi du 1er août 1893, il décide que les actions resteront désormais nominatives jusqu'à leur entière libé-

rement son actionnaire récalcitrant exproprié, et ceci contrairement aux intentions des parties ; avec le système de la résolution au contraire, elle ne peut plus poursuivre que son nouvel actionnaire, l'acquéreur sur exécution, désormais remplaçant, seul titulaire, seul astreint aux charges et obligations du titre. Et si, par hasard, la société peut agir contre son ancien actionnaire, ce sera sur une toute autre base : elle lui réclamera, seulement lorsque les poursuites contre le nouvel acquéreur seront restées sans résultat, la réparation du préjudice dont il est la cause, sous forme de dommages-intérêts de résolution, c'est lui qui, par son refus de payer, a amené la résolution du contrat, il doit en subir les conséquences. Mais la société ne pourra pas, comme le soutiennent les autres théories qui ont été exposées, assigner solidairement l'ancien et le nouvel actionnaire.

*C)* Les auteurs qui, comme nous, ont soutenu le système de la résolution, tels que MM. Thaller, Bou-

ration, mais que tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé son titre cesse, deux ans après la cession, d'être responsable des versements non encore appelés. Il convient, il est vrai, de remarquer en passant que la jurisprudence récente interprète très largement cet article ; elle a décidé que peut être poursuivi le souscripteur qui a cédé ses actions moins de deux ans avant la délibération du conseil d'administration ordonnant l'appel du deuxième quart et fixant la date du versement, quand bien même il se serait écoulé plus de deux années entre la cession et le moment où il est assigné en paiement du non-versé.

vier-Bangillon, Labbé, Bernard et autres, n'ont pas touché à un côté de la question, qui semble cependant intéressant. Il y a résolution du contrat de souscription, soit, mais quels vont être précisément les effets de cette résolution sur les droits qui auraient pu être acquis par des tiers sur les titres qui faisaient l'objet du contrat ? Le principe est certain : Le constituant du droit des tiers étant lui-même réputé sans droit, les droits de ces tiers, eux aussi, tomberont. Le contrat étant résolu, le premier souscripteur est censé n'avoir jamais été propriétaire, titulaire du titre, et par conséquent, il n'a pu, sur ce titre, concéder aucun droit à qui que ce soit. Supposons, par exemple, que l'actionnaire aujourd'hui exécuté, ait, avant l'appel de fonds qui a motivé son exécution, concédé à un tiers un droit d'usufruit sur le titre dont il est resté le nu-propriétaire, car, remarquons qu'en pratique, rien ne s'oppose à l'existence d'un droit d'usufruit sur un titre qui n'est pas encore complètement libéré. Le droit de l'usufruitier va tomber, puisque celui du nu-propriétaire est rétroactivement anéanti. Son droit va tomber, d'autant mieux que, soit par un avis individuel envoyé presque toujours par la société, si le titre est nominatif, soit par un avis collectif inséré dans les journaux, si le titre est au porteur, il a été averti et mis en demeure d'avoir à solder lui-même ce que son nu-propriétaire ne veut pas payer, ou tout au moins d'avoir à contraindre celui-ci, par toutes voies de droit, à régler son dû. Si

l'usufruitier laissait échapper ce moyen, il n'y aurait qu'une circonstance dans laquelle son droit serait sauvegardé. Il faut distinguer, selon qu'il s'agit d'un titre nominatif ou d'un titre au porteur. S'il s'agit d'un titre nominatif, l'usufruitier verra son droit subsister lorsqu'il pourra invoquer la prescription acquisitive, non pas celle de 10 à 20 ans (art. 2265), établie pour les possesseurs ayant juste titre et bonne foi, car elle ne s'applique qu'aux immeubles considérés individuellement, mais la prescription trentenaire. Dans notre espèce, ce mode d'acquisition sera possible pour l'usufruitier, toutes les fois que l'exécution sur l'appel de fonds, ne se produit que trente ans après la constitution de l'usufruit, ce qui est concevable puisque, aux termes de la loi du 1er août 1893, la libération des actions ne doit plus obligatoirement se produire dans un espace de temps déterminé, la loi se borne à dire que les actions devront rester nominatives jusqu'à leur entière libération. S'il s'agit d'un titre au porteur, comme il s'agit alors d'une chose mobilière, l'usufruit portant sur un meuble étant, lui aussi, mobilier, l'usufruitier pourra très bien invoquer la règle : en fait de meubles, possession vaut titre. Je sais bien qu'un titre au porteur, comme toute créance, est de la catégorie des meubles incorporels auxquels la règle : En fait de meubles... ne s'applique pas, mais les créances constatées par des titres au porteur sont précisément exceptionnellement soumises à

la maxime, c'est que, comme le dit M. Planiol (1), « de pareilles créances étant, pour ainsi dire, incorporées dans un meuble matériel, sont traitées comme les autres meubles » ; le meuble matériel, c'est l'écrit avec lequel la créance se confond et se transmet par une simple tradition de la main à la main. Voilà donc un cas dans lequel subsistera le droit de l'usufruitier. S'est-il produit, je n'en sais rien, mais il est concevable. Ce qu'il y a de certain, c'est que l'on imagine difficilement pour la société, la possibilité de retrouver un nouvel acquéreur qui sera nu-propriétaire, sans perdre considérablement, même au cas où l'usufruitier lui-même achèterait pour la réunir à son usufruit, la nue-propriété.

*D)* Voyons maintenant si le système de la résolution va se trouver juste dans l'application de l'Exécution en Bourse aux valeurs à lots. On sait, nous l'avons déjà dit, que pratiquement il y a toutes les raisons possibles pour appliquer à ces valeurs le procédé d'Exécution en Bourse ; en face d'elles comme des autres, la société se voit dans la nécessité de s'assurer le recouvrement sûr et rapide des fonds qui lui ont été promis. Juridiquement, le système de la résolution est, pour elles aussi, parfaitement soutenable : l'adjonction à un titre de la chance possible du gain d'un lot (réserve faite de la possibilité d'une contravention à la loi du 21 mai 1836 sur les loteries, au cas où l'émission d'une valeur

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 1197.

n'aurait pas été autorisée par une loi spéciale), ne change rien à l'aspect juridique de l'opération : il y a toujours eu un contrat de souscription dont la résolution peut être stipulée au cas d'inexécution du contrat par l'une des parties ; au cas où, par exemple, le souscripteur refuserait de payer les versements complémentaires réclamés par l'appel de fonds. Quant au cas plus spécial des ventes à crédit ou à tempérament dans lesquelles il est stipulé que le titre sera revendu à la Bourse aux risques et périls de l'acheteur, qui devra en supporter la différence au cas de non paiement d'une seule des mensualités, quoi de plus naturel que de voir là une clause de résiliation accompagnée d'une autre fixant à forfait les dommages-intérêts de résolution (1). A quoi bon considérer une telle stipulation comme un pacte commissoire nul, aux termes de l'article 2078 du Code civil : il est d'ailleurs impossible, nous le savons, de voir dans l'Exécution en Bourse et dans les clauses qui la prévoient ordinairement en pratique, une constitution de gage, sans compter que cette conception ne réalise nullement les desiderata des parties.

*E)* Je voudrais encore, avant de passer à l'examen de quelques hypothèses spéciales qui paraissent présenter des difficultés, m'arrêter à un dernier point sur lequel on a discuté et qui est censé être l'une des conséquences pratiques du système par nous

(1) Voyez Cass. 28 décembre 1898. *Revue des Soc.* 1899, p. 414.

soutenu de la résolution : on se demandait si, à l'inverse de ce qui se passe ordinairement, l'actionnaire pourrait invoquer la clause d'Exécution en Bourse comme moyen de se libérer de son engagement, c'est-à-dire sortir de la société en sacrifiant ce qu'il aurait versé, de sorte qu'il pourrait repousser toutes les réclamations en déclarant qu'il renonce aux premiers versements. Et à cette question M. Troplong répondait affirmativement sans la moindre hésitation (1). Cette solution était admissible à l'époque où écrivait M. Troplong, dont le *Traité des Sociétés* est de 1843, car alors la portée de la clause était vivement controversée (2), et il l'interprétait comme une convention donnant formellement aux associés le droit de se retirer sans avoir complété leurs mises. Mais aujourd'hui pareille solution ne peut être acceptée, même par les auteurs qui voient dans l'Exécution en Bourse une mesure d'exécution du contrat et qui considèrent la phrase que l'on rencontre toujours en pratique : « ..... et les souscripteurs seront déchus de leurs droits, et les paiements déjà faits seront acquis à la société », comme l'expression d'une clause pénale destinée à donner

(1) Troplong, *Des Sociétés*, n° 179.

(2) Dans le sens de la validité de la clause : Paris, 31 mars 1832, 8 décembre 1840, 18 août 1851 et Cass. 2 août 1853 (D. 50, 2, 144 — 55, 5, 709). M. Dalloz (Rép. V° Société), adoptent la même opinion pour le cas où la clause a été publiée. — Contra, Lyon, 31 janvier 1840, 9 avril 1856 (D. 56, 2, 188). Consultation de MM. Dupin et Persil citée au Rép. de Dal. V° Société, n° 1158.

à la société une garantie de l'exécution du contrat. L'actionnaire ne peut l'invoquer comme moyen de se libérer de son engagement ; c'est que, comme on l'a très bien fait remarquer, ce serait violer cette règle de droit, que le débiteur ne peut, en payant la peine, se dégager de l'obligation principale. « L'objet de la stipulation d'une peine, dit Toullier (1), n'est pas d'éteindre, de résoudre l'obligation primitive, c'est au contraire d'en assurer l'accomplissement ». De telles clauses pénales ne seraient donc pas faites pour l'utilité des actionnaires ; puisqu'elles prononcent une peine, il serait illogique que l'actionnaire alléguât sa propre faute et réclamât contre lui-même l'application d'une peine. Avec le système de la résolution, cette prétention ne soutient plus la discussion. En effet, « l'action en résolution établie par l'article 1184 n'est ouverte qu'à la partie qui est prête à exécuter son engagement ou qui l'a exécuté. L'autre partie n'a pas le droit de faire résoudre le contrat » (2). La résolution est la faute de l'une des parties, il est donc logique que celle-ci soit obligée de subir la résolution exigée de l'autre partie, sans pouvoir elle-même la demander. Il en serait tout différemment, nous en convenons, s'il s'agissait d'uue condition résolutoire ordinaire, c'est qu'alors la résolution est

(1) Toullier, Droit civil, t. VI, n° 801.

(2) Planiol, t. II, p. 417, n° 1370. Et M. Planiol fait remarquer qu'en droit romain, le pacte commissoire ne produisait de même son effet qu'autant que le vendeur le voulait bien, c'était d'ailleurs naturel, puisque le pacte avait été fait dans l'intérêt du vendeur seul.

la suite d'une cause fortuite, qu'on ne peut imputer ni à l'une ni à l'autre des parties et dans ces conditions, on comprend que chaque partie puisse s'en prévaloir.

§ III. — *Examen de quelques hypothèses spéciales.*

Il est à côté des conséquences pratiques que nous avons énoncées de la théorie admise et qui découlent, pour ainsi dire, naturellement des principes posés, des hypothèses spéciales dans lesquelles se rencontre l'Exécution en Bourse et qu'il faut examiner parce qu'elles soulèvent, l'une d'elles surtout que je réserverai pour la fin, de très grosses et très importantes difficultés.

*A*) Il s'agit d'abord du cas où la société rachète elle-même les titres vendus sur Exécution en Bourse, opération dont on a parfois reconnu la légalité à certaines conditions dont j'ai déjà parlé. Ce fait du rachat des titres par la société elle-même va-t-il rendre l'exécution illégale? Un principe certain, posé d'ailleurs à l'occasion de cette question par une décision du tribunal civil de la Seine (1), c'est que, chacun, les sociétés comme les simples particuliers, a le droit de racheter sur un marché public, des titres qui peuvent constituer une créance contre eux, pourvu bien entendu qu'ils se soumettent aux

(1) Trib. civ. Seine, 21 novembre 1890. Aff. Pellorce, contre Crédit foncier de France.

lois et aux règles de ce marché. On ne voit pas pourquoi dès lors l'Exécution en Bourse, la resouscription après résolution du contrat, serait déclarée inopérante parce que c'est la société qui se présente pour resouscrire. Si on a pu le soutenir, c'est uniquement en se basant sur les contestations que soulève la validité du rachat de leurs actions par les sociétés anonymes : on prétendait en effet que cette opération était impossible parce qu'il en résultait une diminution du capital social, en dehors des prévisions des statuts, lésant les créanciers sociaux.

*B)* Une autre difficulté se rencontre, qui s'est d'ailleurs présentée dans la pratique : Une société se décide à employer vis-à-vis d'un de ses membres l'Exécution en Bourse, mais elle prévoit qu'en raison de la petite somme dont sont libérés les titres qu'elle se propose d'exécuter, leur vente sera sinon impossible, du moins dérisoire dans ses résultats; pour éviter cette éventualité, elle préfère elle-même faire les versements en retard, grâce auxquels les titres s'écouleront beaucoup plus facilement. Ceci est-il possible, légal, et l'actionnaire se plaçant sur ce terrain pourrait-il soutenir que dans ces conditions l'Exécution en Bourse n'était plus juridiquement possible, comme on l'a soutenu dans l'affaire Pellorce contre le Crédit Foncier de France devant le tribunal civil de la Seine. Il y aurait une façon très catégorique de répondre à cette question, ce serait de dire que l'Exécution en Bourse n'est point une opération juridique distincte, prévue avec tous

les détails d'une institution spéciale par la loi, c'est un simple cas de résolution d'un contrat de souscription, suivi d'une resouscription : l'Exécution en Bourse n'est qu'un procédé spécial, propre aux valeurs, usité pour réaliser la résolution d'une façon complète. Ce qui est légal, ce qui est juridique, ce que cherche la loi, c'est à réaliser dans des conditions déterminées la résolution du contrat et à en faciliter le renouvellement. Dans notre matière, il est d'usage d'employer l'Exécution en Bourse, la société qui en use, est bien libre de se servir pour réussir des moyens qui lui paraissent les plus favorables. Je sais bien qu'on fait ici une objection, juridique, dans ses apparences tout au moins : si, en effet, dit-on, la société ou un tiers rend le titre négociable par ses versements, si on le libère des sommes appelées non versées encore, juridiquement la société ne peut plus se servir de l'Exécution en Bourse. Si, et la réponse est facile, en s'en référant toujours à la nature de l'opération que nous étudions dans ce travail : le but poursuivi par la société qui exécute, ce n'est pas seulement de voir le titre libéré des sommes appelées, ou de le pouvoir dire tel, c'est surtout d'opérer la résolution totale du contrat passé avec le titulaire du titre, de se débarrasser de lui de façon à pouvoir renouveler le contrat avec une nouvelle personne présentant plus de garanties pour les versements à venir, et pour les obligations diverses qui pourraient incomber aux sociétaires.

Et, d'ailleurs, ne ferait-on pas justement remarquer qu'on ne voit pas bien à quel titre interviendrait ainsi l'ancien titulaire qui n'a pas fait honneur à ses engagements? Son intérêt est nul : les sommes versées ainsi par la société pour libérer le titre, il en serait toujours redevable vis-à-vis d'elle à titre de dommages-intérêts de résolution, au cas où la somme produite par la vente en Bourse serait inférieure au montant des appels de fonds, c'est même ce qui se passe généralement dans la pratique : on sait, en effet, que, conformément au règlement de la Compagnie des agents de change en cette matière, les titres sont toujours vendus comme s'ils étaient complètement libérés des versements échus lors de l'Exécution.

*C*) La situation la plus délicate à débrouiller, au point de vue des conséquences à tirer des principes posés au cours de cette étude, est celle qui existe au cas où la société qui veut exercer ses droits se trouve venir en concours avec d'autres créanciers, et nous avons vu, dans un précédent chapitre, que ceci se présentait spécialement dans deux cas très importants :

1° Cas du concours de la société avec le créancier gagiste auquel le titulaire a remis ses actions non libérées entièrement pour gager un emprunt. D'un mot, je rappelle l'hypothèse : un propriétaire de titres a besoin de capitaux, il se fait consentir une avance sur titre, c'est-à-dire qu'il trouve un intermédiaire, banque ou particulier, qui, après mise en gage à son profit des titres de leur emprunteur, lui

remet une somme déterminée, le quart en général de la valeur des titres. Ces titres, on le suppose, ne sont pas entièrement libérés. Un appel de fonds se produit auquel il n'est pas répondu. La société veut exécuter le titre. Le peut-elle? Doit-elle être considérée comme un créancier extraordinaire, se trouvant dans une situation spéciale et prépondérante vis-à-vis des autres créanciers? Puis, cette question résolue, cette situation prépondérante reconnue, la société devra-t-elle encore passer avant d'autres créanciers considérés comme favorisés par la loi, comme privilégiés?

2° Cas du concours de la société avec les autres créanciers de l'actionnaire tombé en faillite. Et ce cas, que voici, se rencontre en pratique beaucoup plus fréquemment que le premier : Un actionnaire tombe en faillite avant la libération de ses actions, je suppose bien entendu que la déclaration de faillite n'a pas encore eu lieu au moment où se produit l'appel de fonds; au cas contraire, en effet, le syndic mettrait la main sur les actions, les ferait vendre, de telle sorte qu'au moment de l'appel de fonds, la société se trouverait en présence de nouveaux actionnaires, substitués de tous points aux droits et obligations de l'ancien titulaire tombé en faillite. Même dans ce cas, il est vrai, des difficultés sont susceptibles de naître en ce qui concerne, par exemple, le caractère de la créance de la société, et encore certaines questions de collocations fermes ou éventuelles; mais tout ceci, nous le laissons volontaire-

ment de côté, parce que ce n'est plus du domaine de la question que nous discutons seule, de l'Exécution en Bourse. Et dans ce deuxième cas se posent les deux mêmes questions que dans le premier.

A un point de vue strictement pratique, comme je l'ai montré dans une précédente partie de cette étude, leur solution ne ferait aucun doute. Les sociétés en effet sont, je le veux bien, des organismes qui doivent être rigoureusement surveillés et contrôlés, à leur période de constitution spécialement, de façon que la confiance du public ne soit pas égarée par le premier venu, mais il n'en est pas moins vrai que ces organismes, presque toujours, par certains côtés, d'intérêt général, une fois légalement nés, on doit en principe leur faciliter l'existence, et pour ce faire leur assurer dans la mesure du possible la rapidité et la certitude du recouvrement des fonds qu'ils se garantissent par des contrats parfaitement réguliers (1). La rapidité du recouvrement, on l'a obtenue par l'usage de l'Exécution en Bourse, dont nous avons d'ailleurs fourni la justification pratique et juridique ; la certitude, elle, on n'y arrivera qu'en reconnaissant à la société une situation prépondérante sur les autres créanciers. Et cette question de la certitude du recouvrement est même plus grave que celle de la rapidité, car enfin,

(1) Le contrat de souscription, dans lequel société et actionnaire se lient par des obligations réciproques, est la base même du raisonnement de simple bon sens que je fais en ce moment.

que la société soit obligée d'employer, pour rentrer dans ses fonds, la voie des poursuites ordinaires, ce peut être pour elle déjà un gros préjudice ; mais qu'elle se trouve au contraire en présence d'autres créanciers, vis-à-vis desquels elle serait en situation inférieure, ou tout au moins égale, et les conséquences seront autrement sérieuses. Que dans un cas de faillite, par exemple, de son actionnaire, la société doive, comme les autres créanciers, se contenter d'un dividende, sans pouvoir, même par l'Exécution en Bourse, retirer d'abord de la vente de l'action tout ce qu'elle peut encore donner, ce sera pour elle la ruine la plupart du temps immédiate, s'il s'agit d'un gros actionnaire, d'un banquier par exemple, titulaire d'un nombre d'actions considérable ; elle va en effet être payée du montant de l'appel de fonds en monnaie de faillite, c'est-à-dire qu'elle ne touchera presque rien pour peu que les créanciers soient nombreux. Et, chose plus grave encore, ceci se renouvellera à chacun des nouveaux appels de fonds, car le titre est demeuré dans les mains de l'ancien actionnaire ; la situation est la même, le principe du dividende continuera à s'appliquer et il en résultera, pour la société se trouvant obligée de ne jamais voter le concordat de son actionnaire sous peine d'être elle-même la cause de la réduction du capital qu'elle subirait, une réduction du capital et incidemment, comme on l'a fait remarquer, une aggravation de situation pour le failli lui-même. Au point de vue théorique et juri-

dique, il en va différemment, et de très grosses controverses peuvent être soulevées à ce sujet (1). Examinons successivement les deux questions qui font doute.

*Première question.* — La société en concours avec d'autres créanciers se trouve-t-elle dans une situation prépondérante, peut-elle revendiquer un droit exclusif sur l'action, en tirer à son seul profit tout ce qu'elle peut encore produire ; en d'autres termes, peut-elle procéder, au détriment de ses co-créanciers, à l'Exécution en Bourse ?

A cet égard, je tiens d'abord à faire remarquer qu'allant à l'encontre des intérêts indiscutables des sociétés, la jurisprudence n'hésite pas à répondre négativement. La société, par suite de la faillite, se verrait enlever le droit d'Exécution en Bourse et comme tous les autres créanciers se verrait soumise à la loi du dividende. Je n'insiste pas sur les très graves conséquences d'une semblable opinion, ils ressortent déjà trop clairement des explications ci-dessus données, je me contente de citer l'espèce dans laquelle, en 1896, la jurisprudence eut à se prononcer et de reproduire quelques-uns des attendus qui motivèrent sa décision. Un individu, souscripteur en 1882 de 20 actions de la France industrielle, qu'il avait alors

(1) Aucun auteur ne les a, d'ailleurs, examinées. Seul, M. Maurice Bernard, *Ouv. préc.*, sur la théorie duquel nous aurons l'occasion de revenir dans un instant, discute la première des questions que nous avons énoncées.

libérées du quart, avait été en 1892, déclaré en faillite et avait obtenu un concordat moyennant le paiement de 2 0/0. Le liquidateur de la société fit, en 1894, un appel de fonds de 75 francs par action et à sa demande de paiement total se vit opposer le concordat. On plaida et la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, repoussant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 25 mars 1896, décida que le concordat était opposable à la société : « Attendu, déclare-t-elle, que par le fait même de sa souscription, B... s'est engagé à verser une somme de 500 francs par action, que si pour l'exécution de cet engagement, une partie seulement de sa dette devait lui être immédiatement réclamée, son obligation éventuelle pour le surplus, n'en avait pas moins une existence certaine et définitive, qu'elle a donc été antérieure à sa faillite et tombe à ce titre sous l'application de l'article 516 du Code de commerce.

« Attendu qu'on soutient vainement que, pour la partie non libérée, la dette de B... n'est créée qu'au moment de l'appel de fonds : qu'on confond ainsi la naissance avec l'exigibilité de l'obligation et que la loi ne reconnaît comme dettes postérieures à la faillite que celles résultant, soit d'un engagement de la masse représentée par les syndics, soit d'un engagement nouveau contracté par le failli remis à la tête de ses affaires ». Et M. Lyon-Caën, dans une note insérée au Sirey sous l'arrêt, déclare très exacte la solution de la Chambre des requêtes, il trouve seulement les motifs quelque peu critiquables en ce

qu'ils disent que l'obligation était éventuelle pour la partie non versée ; or, soutient M. Lyon-Caën, on ne peut qualifier ainsi qu'une obligation dont la naissance est douteuse et l'arrêt lui-même dit fort bien que l'existence de cette obligation était certaine et définitive antérieurement à la faillite.

Je ne conteste nullement les principes dont l'arrêt sus-indiqué fait le rappel, ils ne sont d'ailleurs que l'application de l'article 516 du Code de commerce, mais je crois que la Chambre des requêtes n'a pas posé la question sur son véritable terrain. Il ne s'agissait pas en somme de trancher la question de savoir si, pour qu'un créancier soit soumis à la loi du concordat, il fallait bien que le fait qui donne naissance à la créance soit antérieur à la faillite et en outre que cette créance soit née dès cette époque, il s'agissait d'examiner, ce que n'ont fait ni la cassation, ni M. Lyon-Caën, si la société était un créancier ordinaire, si elle n'avait pas une situation privilégiée, la faisant sortir du cadre des autres créanciers (1).

Or, sur ce terrain et pour reconnaître à la société une situation prépondérante, le droit d'Exécution en Bourse, on conçoit, pour y arriver, deux catégories de théories nettement distinctes : les unes parleront, au profit de la société, d'un véritable privilège, les autres non. Et dans les premières, on retrouve celle

(1) Paris, 25 mars 1886. — Cass., 16 décembre 1896 : *Journ. des Sociétés*, 1896, p. 488 ; 1897, p. 107 ; 1898, p, 158. — S., 1899, 1, 5.

dont nous avons déjà parlé, qui expliquait le droit d'Exécution en Bourse par une constitution de gage faite de par le contrat de souscription lui-même, au profit de la société. Et de fait, de cette explication découle tout naturellement pour la société en concours avec d'autres créanciers, l'idée de préférence, elle est créancière gagiste, par conséquent en dehors de la faillite, elle n'a qu'à exercer ses poursuites individuelles, malgré le jugement déclaratif de faillite, réaliser l'objet sur lequel porte son droit de gage, sans se soucier des autres créanciers, puisqu'à raison de sa situation privilégiée de gagiste, elle n'est pas englobée dans la procédure générale de la faillite (art. 548, Cod. civ.). N'était le point de départ lui-même de cette théorie, qu'on ne peut pas accepter parce qu'il n'est ni juridique, ni conforme aux intentions des parties, nous l'avons vu, de considérer l'Exécution en Bourse comme le résultat d'une constitution de gage, consentie par l'actionnaire à la société, il est certain que ses conséquences sont excellentes : d'abord la société se trouve dans une situation privilégiée, vis-à-vis des autres actionnaires, elle conserve le droit de procéder à l'Exécution en Bourse, quitte, si elle ne retire pas de cette opération la totalité des sommes qui lui étaient dues, à venir en contribution avec les autres créanciers, pour la partie du prix qu'il lui reste à toucher et à se contenter, pour elle, d'un dividende. Ensuite la société qui exécute le titre, a le gros avantage de trouver désormais pour l'avenir, en face d'elle, un

autre actionnaire, présentant pour les appels de fonds à venir, une surface plus solide; enfin, elle évite l'inconvénient de se voir, à un moment donné, opposer un concordat, au vote duquel elle n'aurait pas pris part et qui lui causerait un gros dommage.

Il est une autre théorie rentrant dans la première catégorie, et qui, comme la première, est dénuée de toute base juridique. Elle arrive à donner à la société le droit d'Exécution en Bourse, par la reconnaissance à son profit d'un privilège particulier, non prévu, on en convient, par la loi écrite, mais privilège créé par l'usage, affirme-t-on, qui n'en a pas moins une existence certaine, et fondé sur cette idée que la société a créé dans le patrimoine du titulaire le bien sur lequel elle exerce ses poursuites. Mais ceci est contraire à la notion juridique, même élémentaire du privilège. Tous les auteurs sont d'accord pour dire que le privilège ne peut découler que d'une source, la loi. « A proprement parler, dit M. Planiol, le privilège est une *disposition de loi* qui favorise un créancier..... Il en résulte qu'un privilège ne peut être établi que par la loi, c'est l'idée qu'exprime très énergiquement le mot de privilège, loi faite dans un intérêt privé ». Je sais bien qu'on pourrait, comme je l'ai déjà fait remarquer dans une autre partie de ce travail (1), essayer de prouver que le privilège en question est un privilège mobilier spécial, fondé sur l'idée que le créancier a créé

(1) Voir chap. I[er], Justification pratique de l'Exécution en Bourse.

dans le patrimoine du débiteur la chose, objet du privilège, et qu'on se trouve tout à fait dans les termes de l'article 2102-4°, donnant au vendeur d'effets mobiliers, pour la garantie du paiement du prix, un privilège sur la chose, objet de la vente, mais ce raisonnement est inadmissible parce qu'il considère la société comme un vendeur et l'actionnaire comme un acheteur, et qu'il est faux, au point de vue juridique, de voir dans le contrat de souscription intervenu entre la société et son actionnaire un contrat de vente; on sait que c'est le contrat de société lui-même en formation, or, le contrat de société n'est point le contrat de vente.

Et j'en arrive maintenant à l'examen des théories de la seconde catégorie qui, pour justifier la situation prépondérante de la société, pour lui donner le droit d'Exécution en Bourse, ne recourent pas à cette idée de privilège sur laquelle on est dorénavant édifié, et reste au contraire fidèle à la conception de la théorie de la résolution. M. Maurice Bernard est le seul qui ait étudié cette question à fond, il s'agit de se rendre compte du système très ingénieux et très juridique dont il se déclare le partisan, système dont la base se trouve d'ailleurs dans un ouvrage récent de M. Bonnichon, intitulé : « *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus* ». A ce point de vue, l'auteur divise les contrats en trois catégories bien distinctes : les uns restent forcément soustraits aux atteintes de la faillite, ce sont les con-

trats à titre gratuit, les contrats à titre onéreux déjà exécutés par le failli au jour de la déclaration de faillite, les contrats qui mettent à la charge du failli des obligations n'intéressant pas le gage de ses créanciers — les autres sont résiliés de plein droit, *ipso jure*, indépendamment de toute instance judiciaire : « Ce sont ceux qui mettent à la charge du failli des obligations purement personnelles et qui sont de nature à intéresser son patrimoine », c'est-à-dire à compromettre le gage de ses créanciers, s'il voulait s'y soumettre et continuer lui-même le contrat. Ces deux conditions réunies, les contrats sont certainement résiliés; d'abord, dans certains cas, la loi elle-même l'a dit en posant des présomptions de volonté qui mettent un obstacle absolu à l'exécution par le failli des contrats en question (pour la société et le mandat, articles 1865 et 2003 du Code civil), puis, dans d'autres cas, certains contrats sont encore résolus de plein droit parce que la masse serait dans l'impossibilité de les continuer à la place du failli, enfin, dans les autres cas, le dessaisissement (art. 443, § 1er du Code de commerce) du failli, le met dans l'impossibilité absolue d'exécuter ses obligations. — Les troisièmes sont résiliables ou résolubles (1),

(1) Et M. Bonnichon déclare, très exactement à notre sens, qu'il n'entend pas assimiler ces deux expressions, mais dire que les uns des contrats de cette troisième catégorie donnent naissance à des questions de résiliation, deviennent par suite de la faillite immédiatement résiliables, c'est-à-dire qu'ils étaient soumis à une « condition extinctive qui limite leur durée dans l'hypothèse seulement

« ce sont ceux qui n'impliquent pas forcément l'intervention personnelle du failli, qui peuvent à la rigueur être exécutés par d'autres que par lui, par les représentants de ses créanciers notamment et qui, d'autre part, sont de nature à avoir une répercussion sur son patrimoine ». Au nombre de ces contrats, on trouve au premier rang le contrat commercial par excellence, la vente, dans laquelle la considération de la personne importe peu, les parties ayant surtout en vue l'échange des prestations. Pour

où un évènement futur et incertain viendrait à se produire, et l'auteur cite à titre d'exemple le contrat de bail d'immeubles, dans lequel le bailleur a bien dû vouloir que le contrat prît fin dès que le locataire cesserait de payer ses loyers, mais n'a certainement pas pensé à une résolution rétroactive anéantissant les effets déjà produits par le contrat — alors que les autres donnent naissance à des questions de résolution, c'est-à-dire qu'ils étaient soumis à une condition résolutoire affectant l'existence même du contrat. On est bien alors sur le terrain de cette résolution dont parle l'article 1183 du Code civil, qui doit remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Cette distinction, ajoute M. Bonnichon, est importante; elle n'est pas faite dans l'article 1184 qui a cependant le caractère d'une disposition générale et ne parle que de condition résolutoire. Bien que très importante dans un sens et spécialement dans l'espèce que nous allons discuter du contrat de souscription, puisque c'est à une résolution possible que nous devrons pouvoir conclure pour arriver à accorder à la société le droit d'Exécution en Bourse tout en respectant la nature juridique que nous avons reconnue à celle-ci et bien que dans certains cas la faillite empêche toute résolution de s'accomplir et oblige alors à maintenir les contrats même dans l'avenir; elle l'est cependant moins qu'on ne pourrait croire parce que le contrat de souscription est certainement un contrat translatif de propriété et que, par conséquent, lorsqu'on se demandera si l'article 1184 est applicable, ce sera bien d'une question de véritable résolution de la propriété qu'il s'agira.

ces contrats, la faillite n'est donc qu'une simple cause de résolution possible : c'est l'application du principe général posé par l'article 1184 de notre Code civil. Le contrat de souscription d'actions ou d'obligations appartient à cette catégorie, il est en outre de ceux pour lesquels on peut parler d'une résolution au sens propre et vraiment juridique du mot (1). Cette résolution est-elle possible pour la société ? Telle est précisément la question.

Si oui, ce sera reconnaître à la société le droit de profiter du bénéfice de l'Exécution en Bourse, et notre démonstration sera faite.

Remarquons d'abord avec M. Bonnichon « que la résolution, en raison précisément des effets rétroactifs qu'elle comporte, est très souvent prohibée, et que, dans notre droit, la rupture du contrat, lorsqu'elle doit se présenter sous la forme d'une résolution, est loin d'être admise dans tous les cas où elle l'aurait été, si elle avait dû se présenter sous la forme d'une résiliation ». Il s'agit donc de se demander dans quels cas et dans quelles conditions, la résolution du contrat de souscription pourra être demandée.

Nous disions plus haut que, pour la catégorie de contrats dont fait partie la souscription d'actions ou obligations, la faillite était une cause de résolution aux termes de l'article 1184 qui la déclare, en effet, possible pour le cas où l'une des parties ne

(1) Bonnichon, *Ouv. préc.*, p. 66.

satisfera pas à ses engagements, c'est qu'en effet, la faillite démontre bien l'impossibilité du failli, qui cesse ses paiements, de faire face à ses obligations, il y aura donc de sa part inexécution partielle, je le veux bien, puisque ce qu'amènera la faillite, c'est un paiement en dividendes et non un non-paiement, mais il n'en est pas moins vrai que, de droit commun, nous l'avons vu au cours de cette étude, l'inexécution partielle doit être assimilée, en ce qui concerne le droit de résolution, à l'inexécution complète. Voilà donc le point de départ de la résolution qui est susceptible d'entraîner la faillite pour la troisième catégorie de contrats dont nous avons parlé.

Mais ici intervient une considération, tirée des principes mêmes les plus élémentaires de la législation de la faillite, qui va faire échec aux positions prises : la faillite, avons-nous dit, entraîne pour le failli l'inexécution partielle de ses obligations, mais ne serait-ce pas là précisément le droit commun en matière de faillite, tous les créanciers ne seraient-ils pas, de par la loi, soumis à la règle du paiement partiel ? En effet, et par suite de la faillite, chaque créancier n'a plus droit, vis-à-vis des autres créanciers de la masse, qu'à un paiement en dividende, dont il est obligé de se contenter, il subit le sort commun à tous. Et ce seul fait du paiement partiel n'est pas, pour le créancier, un motif suffisant pour baser une action en résolution, qu'au cas contraire, tout créancier serait en droit d'intenter.

Ce n'est pas à dire qu'un créancier ne sera jamais

en mesure de se prévaloir de l'action en résolution, mais pour qu'il le puisse faire, il faudra qu'il ait à invoquer autre chose que le défaut de paiement total, une situation prépondérante, privilégiée. Et ce principe que je viens d'énoncer, se déduit facilement de l'ensemble des dispositions de la loi commerciale elle-même. Prenons, par exemple, l'article 577 du Code de commerce, nous y verrons implicitement, accorder le droit de résolution au vendeur de meubles corporels, qui, au moment de la faillite, n'a pas encore livré et a gardé par devers lui les choses vendues. C'est qu'ici le vendeur se trouve dans une situation telle qu'il lui est possible d'échapper à un paiement en dividende, il a gardé la chose entre ses mains, aussi la loi lui donne le droit de rétention et comme, ayant le droit de retenir, il ne peut être forcé de rester indéfiniment dans l'expectative, il doit avoir le moyen de se faire dégager de ses obligations, en demandant la résolution de son contrat. Au contraire, cette résolution, cela résulte des travaux préparatoires et du texte même de l'article 576 du Code de commerce, sera impossible pour le vendeur qui a effectué la livraison et a opéré tradition à l'acheteur, c'est qu'ici les objets vendus ont été livrés au failli, ils sont déjà dans sa main au moment où la faillite éclate, le vendeur ne peut plus invoquer cette situation prépondérante, prendre cette position défensive du cas précédent. Et puis ici, si la résolution avait été admise, c'est l'idée de la loi, avec tous ses effets rétroactifs, elle

aurait été fort grave, elle aurait fait sortir du patrimoine du failli, des biens qui y étaient déjà entrés, et cela d'une façon rendue apparente par la livraison. Prenons encore l'article 576 du Code de commerce qui règle le cas du vendeur qui s'est bien dessaisi des objets vendus, mais les marchandises ne sont pas encore entrées dans les magasins de l'acheteur. On lui donne le droit de résolution, ici encore parce qu'on considère d'abord que le vendeur est toujours à temps de remettre la main sur les marchandises qui ne sont pas encore parvenues à l'acheteur, de prendre une position défensive et d'exercer le droit de rétention, partant, les choses ne pouvant rester définitivement en suspens, de résolution, et parce qu'on considère ensuite que les marchandises ne sont pas entrées d'une façon apparente dans le patrimoine du failli. Comme le dit M. Bonnichon, « le vendeur s'est bien dessaisi de ses marchandises, mais en somme, cela ne se sait pas encore ».

Il était donc bien exact de dire que de la loi commerciale elle-même on peut déduire ce principe que, pour qu'un créancier puisse, dans la catégorie des contrats en question (1), se prévaloir de l'action en

(1) Je veux parler des contrats de la troisième catégorie, de ceux que la faillite rend « résolubles ». Mais cette expression elle-même est trop générale, et je n'entends parler que des contrats ayant pour objet des meubles corporels ou incorporels, dont fait partie le contrat de souscription d'actions ou d'obligations. Quant à ceux visant des aliénations d'immeubles, les principes sur la résolution sont tout différents. Bonnichon, *Ouv. préc.*, p. 242 et suiv.

résolution, il faut qu'il puisse invoquer à son profit une situation prépondérante, défensive, opposer son droit de rétention, l'*exceptio non adimpleti contractus*, comme disent les Allemands, et nous pouvons même ajouter, l'examen des textes précités l'a fait voir, qu'il soit démontré que la résolution ne fera pas sortir du patrimoine du failli des biens qui y étaient déjà entrés d'une façon apparente.

Il reste donc, conformément à ces conclusions, à rechercher si la société, ayant en sa présence un actionnaire qui ne paie pas ses versements dus en vertu d'un titre non libéré entièrement, peut invoquer cette situation et ces conditions prépondérantes. Et, pour nous, cette question ne fait aucun doute. Il est bien évident, en ce qui concerne d'abord la situation prépondérante, qu'elle ne sera pas exactement la même que celle dont nous parlions plus haut, il s'agissait alors de meubles corporels; ici, au contraire, il est question de meubles incorporels. Ce sera donc conformément à l'article 1607 du Code civil, à la remise des titres ou à l'usage qu'en fait l'acquéreur du consentement du vendeur, qu'il faudra s'attacher. Dans le cas qui nous occupe de la société, cette situation prépondérante se rencontrera-t-elle? Il semblerait bien que non, au premier abord, car la société s'est dessaisie du titre, qui est entre les mains de l'actionnaire et non plus dans les siennes, la tradition a donc été faite. Mais ceci n'est qu'une apparence; l'article 1607 dit : ...ou à l'usage qu'en fait l'acquéreur du consentement du vendeur. Or, on sait

que la société a remis, a fait tradition à son actionnaire d'un titre qui n'est pas complètement libéré, sur lequel est mentionné le défaut de libération totale et qui, par conséquent, dénote l'intention très nette, de la part de la société, de subordonner l'usage plein et entier de l'action seulement à la libération entière du titre. La tradition n'a donc pas été complète ou a été, si l'on veut, imparfaite, effectuée sous réserves, la société a gardé par devers elle quelque chose : elle est dans une position défensive. Et, d'ailleurs, ne peut-on pas dire que cette situation définitive, prépondérante de la société, résulte encore de ce fait qu'elle n'a pas exécuté toutes ses obligations; qu'elle n'en a même exécuté qu'une toute petite partie, car le contrat de souscription n'est pas un contrat dont les effets sont instantanés; qu'elle conserve, par conséquent, le droit d'opposer l'*exceptio non adimpleti contractus*, de refuser de s'exécuter si la prestation qu'elle a le droit d'attendre de l'autre partie vient à lui être refusée. Et comme cette situation d'attente ne peut durer indéfiniment, elle doit jouir du droit de résolution, qui tranche la situation. La société, conservant donc le droit de résolution, conserve par le fait le bénéfice de l'Exécution en Bourse.

Mais tout n'est pas terminé par là, et de ce qu'en principe la société conserve le droit de résolution, il n'en résulte pas qu'elle pourra toujours, dans tous les cas, l'exercer. Et ceci découle de la nature même des contrats dont nous nous occupons, qui n'impli-

quent pas forcément l'intervention personnelle du failli, qui peuvent, à la rigueur, être exécutés par d'autres que par lui, et qui sont résolubles parce que la faillite démontre l'impossibilité dans laquelle se trouve le failli de faire face à ses obligations; mais il y a quelqu'un qui peut tout naturellement se substituer au failli dans les obligations qu'il avait assumées de par les contrats qu'il avait passés; c'est la masse qui peut très certainement intervenir et faire ce que le failli n'est plus en mesure d'accomplir : payer immédiatement les sommes réclamées par la société. Celle-ci, n'ayant plus lieu de se plaindre, se verra retirer le droit de résolution. C'est même toujours ce qui se passera, lorsque les valeurs, qui font l'objet d'une réclamation de versements, seront jugées bonnes et solides; le syndic paiera et la masse profitera de tous les avantages des titres qui étaient la propriété du failli; elle deviendra actionnaire, elle assumera toutes les obligations inhérentes à cette qualité. Mais alors la société n'éprouvera du moins aucun préjudice. Lorsqu'au contraire, les titres dont il s'agira seront dépréciés, lorsque la société se trouvera près de la ruine, le syndic se refusera à payer, le droit de résolution réapparaîtra pour la société qui y aura souvent grand intérêt s'il s'agit d'un nombre important de titres; ceux-ci, en effet, ont déjà beaucoup baissé, et si la société devait se contenter d'un paiement en dividende, les pertes qu'elle éprouverait seraient bien autrement considérables encore.

Relativement à ce droit de la masse de se substi-

tuer au failli et d'empêcher par son intervention la résolution, il reste encore une petite question à résoudre : supposons que le versement qu'a refusé de verser à la société l'actionnaire, doive être suivi encore dans l'avenir d'autres appels de fonds, et que la masse, par l'organe, l'intermédiaire du syndic de faillite, se substituant au failli, paye immédiatement le versement refusé, mais seulement celui-là. La société serait-elle en droit de refuser ce paiement, et de menacer la masse d'une résolution, tant que le syndic n'aura pas payé toutes les sommes qui doivent faire l'objet des appels de fonds suivants, tant qu'il n'aura pas libéré le titre complètement, alors qu'en somme l'obligation incombant au failli n'est pas encore échue ? Le législateur a résolu cette question pour la vente dans l'article 1613 du Code civil et pour l'assurance maritime dans l'article 346 du Code de commerce. Il résulte de ces dispositions (1),

(1) En principe, la masse ne devrait donc l'exécution immédiate que si les obligations incombant au failli sont échues. Ceci n'est pas unanimement admis : certains auteurs soutiennent que la masse devrait l'exécution immédiate même des obligations non échues, ils s'appuient pour le soutenir sur l'art. 444 du Code comm., mais il y a une confusion ; cet article, qui stipule la déchéance du terme au profit de certains créanciers, ne s'applique qu'aux créanciers admis au passif chirographaire, cette déchéance est la conséquence forcée de la liquidation générale entraînée par la faillite et la transformation du droit des créanciers en un simple droit à un paiement en dividende. Et comme on l'a dit, après le jugement déclaratif et dans les rapports des créanciers avec la masse, il ne s'agit plus de créances, elles se sont transformées en droit à un dividende. Or, que la créance soit à terme ou non, sa transformation en droit à un divi-

qu'on déclare ordinairement devoir être appliquées à tous les autres contrats, que pour repousser toute demande de résolution, la masse n'a qu'à fournir au co-contractant des garanties d'exécution, par exemple une caution garantissant l'exécution normale du contrat. Dès lors, la société n'aura plus rien à réclamer, on lui promet que les sommes appelées seront payées, à quoi bon résoudre le contrat de souscription et revendre le titre en Bourse, puisqu'elle n'a plus à craindre l'insolvabilité de son débiteur.

Il est bien évident qu'en intervenant ainsi au contrat, la masse s'oblige elle-même, elle devra assumer toutes les charges qui pesaient sur le failli lui-même. Ayant décidé de profiter du contrat, souvent avantageux, qu'il avait passé, et d'empêcher la résolution qu'était en droit d'intenter la société, en garantissant l'exécution intégrale du contrat, la masse a par là-même, de son propre gré, soustrait les créanciers à la règle du paiement en dividende, elle lui a donné une autre situation avantageuse, prépondérante, en échange de celle qu'elle avait et qui lui permettait de se prévaloir de la résolution. La théorie que nous venons de développer et qui

dende ne s'en opère pas moins et de la même manière pour tous les créanciers, ce droit est donc pur et simple pour tous ». Mais précisément, dans le cas dont nous nous occupons, la créance ne s'est pas transformée en un droit à un dividende, puisqu'elle reste entière, la masse s'étant chargée de remplir toutes les obligations qui incombaient au débiteur.

aboutit à reconnaître à la société, en cas de concours avec d'autres créanciers, le droit d'Exécution en Bourse, tout en respectant la nature juridique que nous avons été conduit à reconnaître à cette exécution, est, on le voit, très juridique elle aussi, et nous y adhérons complètement. Il nous reste à étudier un aspect de la question qui n'a pas été sans soulever, lui aussi, de très nombreuses controverses.

Il arrive très souvent que le prix obtenu par la société au moyen de l'Exécution en Bourse, de la vente du titre en Bourse, soit inférieur à l'appel de fonds, ce qui se présentera chaque fois que les titres seront particulièrement dépréciés et nous savons que cette éventualité sera fréquente ; si, en effet, l'actionnaire refuse de payer le versement appelé, ce sera, la plupart du temps, parce qu'il juge la société en mauvaise situation. La société donc qui n'a pu recouvrer le montant total de son appel de fonds, pourra-t-elle réclamer à son ancien actionnaire des dommages-intérêts dits de résolution, pour lesquels, évidemment, elle devrait produire à la faillite et se soumettre à la loi du dividende. Cette question, en général est très discutée. La jurisprudence et la doctrine ne sont point d'accord, la première refusant formellement le droit à des dommages-intérêts contre la faillite. Les auteurs se prononcent en grande majorité en sens contraire (1).

(1) Thaller. *Traité*, p. 956 et note sur Dalloz, D., 1895, 2, 233. — Appleton : Des droits du vendeur à livrer dans la faillite de l'ache-

M. Appleton est de ceux qui ont soutenu ce système de la façon la plus énergique (1). Il est incontestable, disent ces auteurs, que la faillite est la cause du dommage subi par le co-contractant, que par conséquent le failli doit réparer ce dommage en monnaie de faillite, si l'on veut, et qu'ainsi il devra payer au co-contractant les dommages-intérêts réclamés conformément à l'article 1184 du Code civil, attendu, comme l'a dit la Cour de Paris (2), « que la faillite ne saurait être considérée comme un cas de force majeure dans les termes de l'article 1184 du Code civil, qu'en effet la force majeure est un évènement qui ne peut être prévu ni empêché, auquel il est impossible de résister, et que la faillite, conséquence de l'administration du négociant, ne peut être tenue pour un évènement de cette nature ». Et puis, enfin, du moment qu'on reconnaît au co-contractant le droit de se prévaloir dans certains cas de la résolution du contrat conformément à l'article 1184, il faut appliquer cet article entièrement et ne pas laisser de côté, en les refusant, ces dommages-intérêts de résolution. Qu'on les puisse réclamer contre la faillite, ceci est tout naturel, car enfin le Code de commerce, déclare inopposables aux autres créanciers, seulement certaines créances

teur. *Annales du dr. comm.*, 1887, 2, 180. — Labbé, note au S., 1887, 1, 135. En sens contr., Bonfils, *Revue critique*, 1888, Sup. 453.

(1) Appleton, *Annales du dr. comm.*, 1887, 2, 180.

(2) 17 fév. 1892. D., 1894, 2, 1.

déterminées dans les articles 446 et 447 qui ne sauraient s'appliquer ici. Donc aucun doute à conserver.

La jurisprudence raisonne différemment : elle argumente en s'appuyant sur trois articles du Code de commerce, 576, 577 et 578, relatifs au cas de vente, ce qui dès maintenant peut nous faire observer qu'à admettre qu'elle soit exacte, l'argumentation jurisprudentielle aurait le défaut de n'être pas générale. Elle prétend qu'il est complètement inutile de se référer à l'article 1184 du Code civil, que les articles 576 et suivants sont seuls applicables, qu'ils sont le siège de la matière et qu'ils établissent une résolution sans dommages-intérêts. Mais ceci est faux, nous avons vu nous-mêmes plus haut qu'il fallait forcément, pour l'application de ces articles, se référer au principe général de l'article 1184 (1), et que cet article doit également s'appliquer dans les cas de résolution non prévus par le Code. Que si l'on trouvait même, comme le soutient la jurisprudence des dispositions du Code, telles que l'article 576, relatif au remboursement des avances, tout à fait inconciliables avec les dommages-intérêts de résolution, nous dirions au contraire que ce sont là de simples dérogations au droit commun ! Et puis, nous le répé-

(1) C'est ainsi que nous avons vu que le droit de rétention reconnu dans les cas de l'article 577 n'est pas suffisant par lui-même, qu'il suppose l'application venant ensuite de l'art. 1184, de l'action en résolution, précisément parce que les choses ne peuvent rester définitivement en suspens.

tons, l'argumentation de la jurisprudence ne se réfère qu'au cas de la vente, en dehors duquel elle ne fournit pour les autres cas aucun raisonnement sérieux (1).

Aussi, un troisième système a-t-il été mis en avant (2), qui adopte les conclusions de la jurisprudence, mais en présente d'autres motifs : Le co-contractant, dit-on, qui peut faire résilier son contrat, est cependant obligé de se soumettre aux règles de la faillite, à la loi du concours, à celle de l'égalité entre tous les créanciers; s'il use de ce droit de résiliation, c'est que c'est son avantage, sinon il ne saurait invoquer l'usage qu'il fait de ce droit pour réclamer des dommages-intérêts qu'il n'aurait certainement pas pu demander s'il avait produit à la faillite. Ce raisonnement est loin d'être concluant : il suffit pour s'en convaincre de présenter deux observations : 1° le co-contractant qui peut faire résilier le contrat, aurait pu sans doute aussi simplement produire à la faillite s'il y avait vu un avantage et n'avoir alors aucun droit à des dommages-intérêts, mais on semble oublier qu'il aurait pu exiger aussi de la masse, sous menace précisément de résiliation,

(1) Trib. comm. Seine, 7 mai 1883, *Journal des faillites*, 1884, p. 532.— Cass., 16 fév. 1887. D., 1887, 1, 201.— S., 87, 1, 145, note de M. Labbé. — Trib. comm. Seine, 25 nov. 1889, *Journal des faillites*, 1890, p. 68.— 24 juin 1889, *Journal des faillites*, 1889, p. 487.— 15 avril 1893, *Journal des faillites*, 1893, p. 274.— Cass., 8 avril 1895, *Journal des trib. de comm.*, 1895, p. 296. D., 1895, 1, 481, note de M. Guenée. — Grenoble, 27 juillet 1897. D. 1898, 2, 265.

(2) Bonnichon, *ouv. préc.*, p. 283 et suiv.

l'exécution pleine et entière du contrat passé avec le failli; 2° l'argumentation précédente ne renverse nullement la nôtre qui est formelle : nous avons dû recourir à l'article 1184 qui trouve application en ces matières, il faut donc en faire l'application intégrale et ne pas supprimer un côté important de la résolution. Nous ne nous étendrons pas plus sur cette question des dommages-intérêts de résolution, cependant très intéressante et qui soulève toutes sortes d'objections et de controverses, parce qu'en somme elle ne rentre pas directement dans le cadre de notre étude de l'Exécution en Bourse. Il fallait cependant en dire un mot, afin d'indiquer à ce point de vue la situation de la société qui a exécuté un de ses actionnaires. C'était une conséquence à envisager du système par nous adopté.

*Deuxième question.* — On sait que pour l'étude de cette hypothèse spéciale du concours avec d'autres créanciers de la société qui veut exercer ses droits, nous nous sommes imposés l'examen de deux questions dont la première, maintenant résolue, était celle de savoir si la société conservait le droit d'Exécution en Bourse, se trouvant ainsi dans une situation prépondérante sur les autres. La deuxième, à laquelle j'arrive, consiste à rechercher si la société qui a le droit d'exécution, c'est-à-dire de résolution du contrat de souscription, doit passer pour l'exercice de ce droit, encore avant d'autres créanciers favorisés eux aussi, considérés comme privilégiés?

Imaginons un cas concret : Un actionnaire em-

prunte de l'argent à une personne à laquelle il livre, à titre de gage, des titres non entièrement libérés, un appel de fonds se produit, puis supposons encore que l'actionnaire tombe en faillite. La société, ceci est prouvé, a le droit de faire résoudre le contrat, d'exécuter les titres, mais elle se trouve non seulement en présence des créanciers ordinaires, mais en face d'un créancier gagiste qui a sur les titres qu'elle se propose d'exécuter, des droits nets et précis, d'une personne qui est titulaire d'un privilège spécial fondé sur le nantissement exprès consenti par le débiteur.

Peu importe, la société n'en exercera pas moins sûrement son droit de résolution, antérieur au droit du gagiste. Celui-ci s'est vu donner en gage une chose qui n'était pas entrée d'une façon certaine dans le patrimoine de son débiteur, une chose qui faisait l'objet d'un contrat résoluble, son droit à lui aussi est donc résoluble, subordonné qu'il est au droit de son débiteur. D'ailleurs, s'il voulait éviter cette solution, il n'avait qu'à répondre lui-même à l'appel de fonds de la société, payer le versement refusé par l'actionnaire, s'il y voyait son intérêt. Toute différente serait la réponse à donner à cette question, si l'on justifiait le droit de la société au moyen de cette théorie que nous avons examinée en son temps, et qui confère à la société un privilège particulier non reconnu par la loi écrite, mais qui se justifierait par les nécessités pratiques et fondé sur cette idée que la société a créé dans le patrimoine

du titulaire le bien sur lequel elle exerce ses poursuites. Dans ce cas en effet, et conformément aux règles du droit civil, il faudrait décider que, dans le conflit entre le créancier gagiste et la société, c'est le premier, titulaire d'un privilège fondé sur l'idée de nantissement tacite, qui doit l'emporter.

# APPENDICE AU CHAPITRE II

**Règles pratiques à suivre pour la rédaction de la clause relative au droit d'Exécution en Bourse.**

---

C'est là un point qu'on pourrait peut-être s'étonner de n'avoir point vu traiter au début de ce travail, c'était à dessein cependant. Il fallait en effet, avant de tracer des règles pratiques, savoir exactement le résultat auquel on voulait aboutir et connaître la nature juridique des moyens propres à y parvenir. Nous sommes en mesure, maintenant, de donner des indications utiles.

Rappelons d'abord ce que nous avons eu déjà l'occasion de dire et qui est très important, c'est que la clause d'Exécution en Bourse pourrait parfaitement être sous-entendue. Sa légalité, sa possibilité reconnue, rien n'empêche de considérer qu'elle est

devenue un usage et de la sous-entendre même en l'absence de toute stipulation nette et précise.

Mais avant d'en arriver là, il importerait que la pratique soit déjà fixée sans conteste sur la nature juridique de l'Exécution en Bourse, il faudrait qu'elle sache que pour arriver à réaliser dans les résultats tous les effets que les parties ont entendu lui attribuer, on doit la considérer comme une résolution du contrat de souscription. Dès lors, on ne verrait plus insérer dans les statuts des sociétés toute une série d'erreurs et de confusions, qui sont la cause initiale de certaines décisions jurisprudentielles qui retardent le progrès et entraînent, de par la faute des parties elles-mêmes, la violation de leurs intentions juridiquement mal exprimées (1). On voit par exemple des statuts à ce sujet, s'exprimer ainsi : Article 23 : La société pourra faire vendre les titres dont les versements sont en retard; à cet effet, les numéros de ces titres seront publiés dans deux des journaux de Paris désignés pour recevoir les annonces légales. Quinze jours après cette publication, la société, sans mise en demeure et sans autre formalité ultérieure, aura le droit de faire procéder, même successivement sur duplicata, à la vente des actions dont s'agit à la Bourse de Paris, par le ministère d'un agent de change, pour le compte et aux risques et périls des retardataires. La société conservera

(1) Espèce de l'arrêt de Cass. du 11 juillet 1895. *Pand. fr.* 1896, 1, 369. Note de M. Bouvier-Bangillon.

d'ailleurs et pourra exercer après la vente d'actions en retard et pour la somme restant due, l'action personnelle et de droit commun contre les retardataires et leurs garants. Article 24 : Le produit de la vente des titres en retard, déduction faite des frais et intérêts dus, appartiendra à la société et s'imputera sur ce qui sera dû par l'actionnaire *exproprié,* en commençant par le versement le plus anciennement exigible. Le déficit sera à la charge des débiteurs en retard, *comme ils profiteront des excédents s'il en existe.* Ces statuts sont fort mal rédigés, ils considèrent eux-mêmes l'Exécution en Bourse comme une expropriation; comment veut-on que les tribunaux, devant une telle manifestation de volonté des parties, fassent de cette Exécution en Bourse une résolution du contrat de souscription ? Il y a une confusion qu'on devrait bien avoir soin d'éviter : la société qui exécute son actionnaire ne poursuit pas l'exécution du contrat passé avec lui. Elle ne poursuit pas son exécution forcée, elle ne le saisit pas, elle cherche au contraire à rompre complètement le contrat passé, de façon à n'avoir plus avec lui aucun rapport juridique ; elle veut *résoudre* le contrat. Voilà le point délicat. Or, la plupart des praticiens, des rédacteurs de statuts, font cette confusion ; ils devront bien y prendre garde.

Il est du reste bien simple de s'exprimer conformément aux indications précédentes. Voici d'autres statuts rapportés dans un arrêt de la Cour de Paris

du 8 décembre 1840, sur lesquels aucune discussion ne peut être élevée (1) :

« L'actionnaire en retard d'effectuer le paiement de l'un des quatre derniers cinquièmes du prix de ses actions serait déchu de tous droits aux dites actions, qui feraient retour à la société *comme si elles n'avaient point été émises,* et la société conserverait à titre de dommages-intérêts les sommes versées à compte, ainsi que les intérêts et dividendes afférents auxdites actions, le tout sans qu'il soit besoin d'aucune formalité de justice, mais seulement après un délai de six mois à partir de l'échéance du cinquième non acquitté ».

(1) S. 1850, 2, 343.

# CONCLUSION

Les incorrections que j'ai signalées dans les statuts des sociétés tiennent précisément à l'indécision et même à l'ignorance dans laquelle on se trouve relativement à la base juridique de l'Exécution en Bourse. Et cette indécision se retrouve, de même qu'en France, à l'étranger, où existe à peu près partout la pratique de l'Exécution en Bourse, mais pour laquelle les législations ne contiennent pas de dispositions particulières : telle est même la raison qui motive l'absence dans cette étude d'un examen comparatif des lois étrangères.

Il n'en est pas moins vrai qu'un semblable état de choses révèle la nécessité d'une intervention législative, qui fixerait les tribunaux sur la nature d'une opération courante dans la pratique et sur les conséquences juridiques qu'ils lui doivent attribuer. L'absence sur ce point d'une législation précise ne

pouvait que forcément conduire à l'incohérence et à l'arbitraire dans les décisions judiciaires. On s'accorde à tenir la clause pour licite, mais on diffère sur la vraie difficulté, c'est-à-dire sur la question de savoir à quels principes généraux il faut la rattacher, quelle est la qualification juridique de cette voie d'exécution. Les uns, parmi les tribunaux, décident en effet, on l'a vu, que la clause constitue tout simplement une convention légalement formée, destinée à simplifier une mesure d'expropriation et devant laquelle on doit s'incliner ; c'est une saisie, opinion qui soulève, à vrai dire, de bien graves objections ; — les autres déclarent qu'il s'agit de la réalisation d'un gage commercial, ce qui, au point de vue d'une stricte analyse juridique, est inadmissible ; — les autres enfin disent qu'on est en présence de la résolution d'un contrat de souscription. Et c'est évidemment l'opinion la plus juste et la plus juridique. Mais encore faudrait-il que le législateur la consacrât d'une façon nette et précise dans un texte, de façon à éviter les contrariétés de décisions judiciaires et les incertitudes de la pratique.

Et ceci, il faut bien le remarquer, s'impose d'autant plus impérieusement qu'en l'absence d'un texte, de l'avis de bien des auteurs, tout n'est pas terminé lorsqu'on s'est fixé sur la nature et la base juridique de l'Exécution en Bourse. Supposez que les statuts d'une société n'aient pas prévu et autorisé dans une clause spéciale l'Exécution en Bourse, la résolution du contrat fondée sur le retard des actionnaires

n'opérera plus de plein droit et la société, c'est du moins l'opinion de MM. Lyon-Caën et Renault, ne pourra faire vendre les titres en Bourse qu'en vertu d'un jugement prononçant la résolution. Il y aurait alors résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil. Et tous ceux qui ne considèrent pas aujourd'hui la clause d'exécution comme une clause de style en arrivent à l'avis émis par M. Lyon-Caën. A ce point de vue encore, un texte serait nécessaire pour déclarer que la clause d'exécution sera toujours sous-entendue.

Il aurait encore un troisième intérêt : il pourrait rendre uniformes toutes les clauses des statuts des sociétés, au point de vue des conditions préalables à l'Exécution en Bourse, en exigeant un minimum de formalités à accomplir, destinées à mettre en demeure et à avertir l'actionnaire en retard. Sur ce point aujourd'hui, les statuts sociaux présentent des divergences et des variétés considérables : les uns prennent de très grandes précautions, prévoient des avertissements réitérés, accompagnés de délais, individuels le plus possible, par lettre chargée même, ainsi que par la voie des journaux, — les autres, au contraire, ne s'imposent aucune mise en demeure, l'exécution a lieu par le seul fait que les numéros des titres dont les versements sont en retard, ont été publiés dans un journal recevant les annonces légales, et quinze jours après cette publication. Précisément, un texte réaliserait sur ce point l'uniformité désirable et pourrait exiger des garan-

ties, des mesures d'avertissement effectives et sérieuses, de façon à atténuer le plus possible les inconvénients d'une mesure qui n'est, au fond, en fait qu'une saisie, une expropriation rapide qui s'impose et qui, juridiquement cependant, n'en est pas une, parce qu'elle ne cadre pas avec notre droit actuel en matière d'exécution forcée.

Vu :
E. BAILLY.

Vu :
*Le Doyen de la Faculté de Droit*
*de l'Université de Dijon,*
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 25 février 1907.
*Le Recteur de l'Académie,*
E. BOIRAC.

# TABLE DES MATIÈRES


INTRODUCTION . . . . . 1

PREMIÈRE PARTIE

**Notion précise de l'Exécution en Bourse. Sa Justification pratique. Son fonctionnement.**

CHAPITRE Ier. — Notion précise de l'Exécution en Bourse. Sa justification pratique. Opérations analogues . . . . 9

SECTION I. — Notion précise et justification pratique . 9

§ I. — Définition et justification pratique . . . . 9

§ II. — Etendue d'application de l'Exécution en Bourse . . . . . 38

SECTION II. — Opérations juridiques analogues à l'Exécution en Bourse . . . . . 43

CHAPITRE II. — Fonctionnement pratique de l'Exécution en Bourse . . . . . 49

SECTION I. — Formalités préparatoires . . . . . 49

SECTION II. — Exécution en Bourse . . . . . 51

SECTION III. — Conséquences de l'Exécution en Bourse. 56

DEUXIÈME PARTIE

**Justification théorique et juridique de l'Exécution en Bourse**

CHAPITRE Ier. — Diverses sources du droit . . . . . 63

CHAPITRE II. — De la base juridique de l'Exécution en Bourse . . . . . 75

SECTION I.— Système basé sur la force légale de l'usage. 80

SECTION II. — Système basé sur le principe de l'autonomie de la volonté; art. 1134, C. civ. . . . . 82

SECTION III. — Système du gage commercial . . . . 88

§ I. — Obstacles juridiques s'opposant à l'admission de cette théorie . . . . . 89

§ II. — Obstacles de fait . . . . . 97

SECTION IV. — Système de la Résolution . . . . . 101

§ I. — Les Eléments de la Résolution du Code se rencontrent dans le cas d'Exécution en Bourse . 103

§ II. — 1° Inconvénients évités par la théorie de la résolution . . . . . 132

2° Ses conséquences pratiques . . . . . 137

3° Examen de quelques difficultés et hypothèses spéciales . . . . . 148

APPENDICE AU CHAPITRE II. — Règles pratiques à observer pour la rédaction de la clause relative au droit d'Exécution en Bourse . . . . . 179

CONCLUSION. — De la nécessité d'une législation à intervenir en matière d'Exécution en Bourse . . . . . 183

DIJON — IMPRIMERIE RÉGIONALE